







TRATADO DE  
DERECHO  
CONSTITUCIONAL



# TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL



TOMO I

2<sup>A</sup> EDICIÓN

ACTUALIZADA Y AMPLIADA

GREGORIO BADENI

*Profesor Titular de Derecho Constitucional en la  
Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.  
Miembro de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y  
Políticas; de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales  
de Buenos Aires; de la Academia Nacional de Periodismo.  
Miembro Correspondiente de la Real Academia de Ciencias  
Morales y Políticas de Madrid y de la Academia Chilena de  
Ciencias Sociales, Políticas y Morales.*

**LA LEY**

BADENI, GREGORIO

TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL TOMO I - 2ª EDICIÓN ACTUALIZADA Y AMPLIADA - 2ª ED. - BUENOS AIRES: LA LEY, 2006.

V. I, 1120 P. ; 24x17 CM. (FEDYE)

ISBN 987-03-0946-1 (TOMO I)

ISBN 987-03-0495-3 (OBRA COMPLETA)

I. DOCTRINA. I. TÍTULO

CDD 347

1ª edición 2004

2ª edición 2006

Copyright © 2006 by La Ley S.A.E. e I.

Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

***Printed in Argentina***

Todos los derechos reservados

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

All rights reserved

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

Tirada: 1000 ejemplares

ISBN10: 987-03-0946-1 (Tomo I)

ISBN13: 978-987-03-0946-8 (Tomo I)

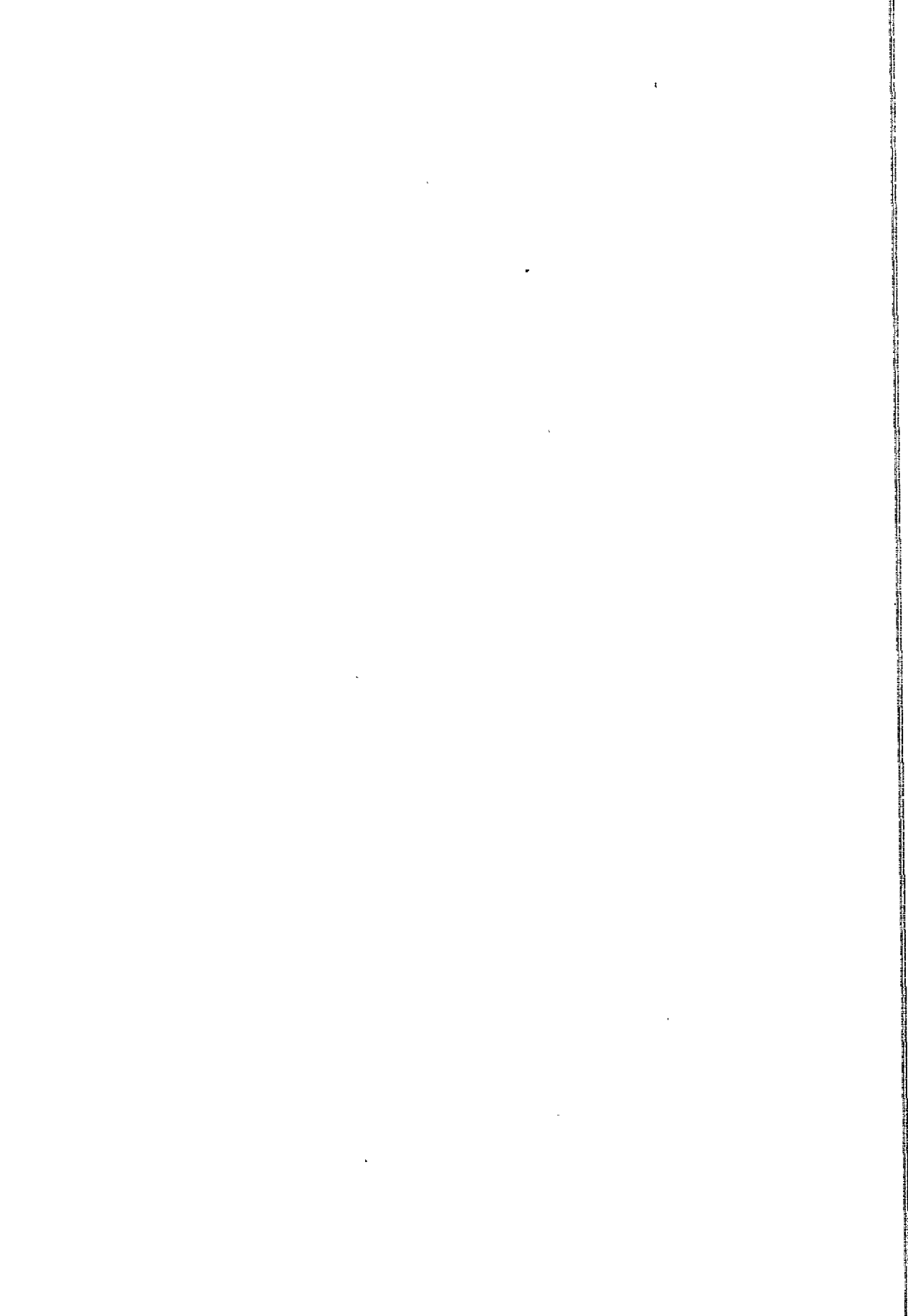
ISBN10: 987-03-0495-3 (Obra completa)

ISBN13: 978-987-03-0495-1 (Obra completa)

*A quienes son y fueron mis maestros de Derecho Constitucional y Ciencia Política,  
doctores Segundo V. Linares Quintana, Juan Ramón Aguirre Lanari,  
Alberto Rodríguez Galán, Carlos Manuel Muñiz, Jorge Aja Espil,  
Alberto Antonio Spota, Germán Bidart Campos, Mario Justo López,  
Alberto Rodríguez Varela, Carlos S. Fayt y Héctor Orlandi.*

*A quienes, con similar jerarquía, incrementan los contenidos científicos de nuestra  
disciplina en el umbral del siglo XXI, doctores Carlos María Bidegain,  
Jorge Reinaldo Vanossi, Néstor Pedro Sagüés, Pedro Frías, Ricardo Haro,  
Fernando Barrancos y Vedia, Dardo Pérez Guilhou y Miguel Padilla.*

*A mis colegas, doctores Alberto Bianchi, Susana G. Cayuso, Alberto Dalla Vía, Daniel  
Sabsay, Juan Vicente Solá, María Angélica Gelli y Roberto Gargarella.*



## PRÓLOGO

Desde hace muchos años, en el libro, la cátedra, la tribuna de conferencias y los artículos en publicaciones especializadas, hemos venido sosteniendo que nuevos conceptos y orientaciones prevalecen hoy en la ciencia del poder, imponiendo criterios, enfoques y técnicas investigativas distintas de las tradicionales, que comportan profundo cambio y renovación con respecto a la concepción clásica, que durante tantos años pareció poco menos que inconvencional y que todavía orienta a no pocos constitucionalistas.

Ello explica que en los últimos tiempos se hable con insistencia de una nueva ciencia política y constitucional, que habría reemplazado a la antigua disciplina. Creemos, sin embargo, que más exacto que hablar de una nueva ciencia política y constitucional, es hacerlo de las nuevas orientaciones y tendencias que en el momento actual imperan en el ámbito de la ciencia. No obstante y a riesgo de incurrir en desajuste semántico, se suele admitir la ya difundida expresión, con el exclusivo propósito de remarcar la envergadura y la profundidad del cambio.

Con esta reserva, podemos afirmar que el rótulo de ciencia política y constitucional vincula en forma íntima, áreas de investigación que antes eran estudiadas de manera separada y hasta como compartimentos estancos; porque precisamente, una de las notas más significativas y provechosas en que coincide el movimiento renovador en la materia, es la supresión de las fronteras con que, artificial e ingenuamente, pretendíase separar lo que en realidad es inseparable. Del mismo modo que, en el hecho, van desapareciendo los límites que otrora convertían en sectores completamente aislados a la ciencia política, la antropología, la sociología, la psicología, la economía y otras disciplinas afines, hoy, y cada día en más, la ciencia política y la ciencia constitucional se integran en una sola y única disciplina. Con lo que se confirma la afirmación de Tierno Galván, de que ya es un lugar común que la ciencia política va perdiendo claridad en sus límites y precisión en el contenido, por cuanto se encuentra en un período de reajuste y novedad, en el que su objetivo primordial ha perdido firmeza por sufrir sus estructuras un cambio todavía en proceso (1).

Esta integración de la ciencia política y la ciencia constitucional en una sola y única disciplina, no comporta en definitiva, sino el retorno a la clásica idea aristotélica de la ciencia soberana entre las ciencias que a juicio del inmortal

---

(1) TIERNO GALVÁN, ENRIQUE, *Prólogo a PABLO LUCAS VERDÚ, Introducción al derecho público: las transformaciones sociales del derecho público actual*, Barcelona, 1958, p. 9.

estagirita era la ciencia política, la cual también abarcaba el análisis científico de las Constituciones. Porque si con justicia se considera a Aristóteles el fundador de la ciencia política, primordialmente por la construcción sistemática y científica que elabora en su *Política*, también lo es de la ciencia constitucional, con el estudio de las Constituciones griegas que realizó con sendas obras —de las que, por desgracia, sólo ha llegado hasta nosotros el de la Constitución de Atenas— así como por el análisis comparativo que hace de aquéllas en su *Política*.

El constitucionalista francés Paul Marie Gaudenet ha dicho sabiamente que: "en definitiva, el aporte esencial de la joven ciencia política al viejo derecho constitucional, parece ser el ensanchamiento de su objeto y el perfeccionamiento de su método. Así, derecho constitucional y ciencia política no se oponen. Pero concebido como ciencia política y, por tanto, revigorizado, el derecho constitucional parece ser llamado a ser la ciencia política fundamental, a cuyo alrededor vendrían a ordenarse las demás. Así, el derecho constitucional se muestra como el máspreciado instrumento para el estudio del gobierno de los hombres" (2). Hacer ciencia política en el ámbito del derecho constitucional —cual es una de las voces de orden del cambio— no significa, en el fondo, sino admitir que ha sido derribado el muro que en otros tiempos incomunicara a la joven ciencia política y el viejo derecho constitucional —según la expresión de Gaudenet—, los cuales, hoy juntos, integran la ciencia política fundamental —según la concepción aristotélica— en estado de constante transformación y perfeccionamiento.

El derecho constitucional, aunque algunos no lo crean, se encuentra experimentando un cambio tan profundo como nunca antes había ocurrido. Como advierte Pablo Lucas Verdú, "atravesamos una etapa de intensa transformación. Estamos asistiendo al lento y laborioso proceso de acomodación de las normas constitucionales a la nueva estructura social. Apareció, como se sabe, con la Revolución Francesa, fruto maduro de la burguesía; sufrió el impacto sucesivo de las conmociones sociales para llegar a nuestros días afectado por una situación crítica, pues intenta reducir la separación existente entre la norma y la realidad". El nuevo derecho constitucional parece así convertirse en derecho de la realidad, para lo cual utiliza la valiosa colaboración que le prestan la ciencia política, la antropología, la sociología, la psicología y hasta disciplinas en apariencia tan poco afines como las ciencias matemáticas.

Verdú, para demostrar que el derecho constitucional intenta ser derecho de la realidad, considera tres aspectos fundamentales: las bases ideológicas, la constitucionalización de los poderes de hecho y las realidades sociales y el ajuste de la estructura a la situación. En el derecho constitucional tradicional existían factores importantes en la vida política que, sin embargo, no eran contemplados por los textos constitucionales: los partidos políticos, los grupos de presión, los sindicatos, la huelga. Hoy, la disciplina ha constitucionalizado

---

(2) GAUDETNET, PAUL MARIE, *Derecho constitucional y ciencia política*, "Revista de Estudios Políticos", N° 68, Madrid, marzo-abril 1953, p. 71.

tan importantes elementos, enriqueciendo su contenido, a la vez que amenazando a la estricta consideración normativa de sus cuadros. Bien se pregunta Verdú si podrá el constitucionalismo comprender el rico contenido de su ciencia pertrechado tan sólo con los instrumentos de la dogmática jurídica (3).

Manuel Jiménez de Parga destaca que la atención por las estructuras socioeconómicas y por las fuerzas políticas reales no supone una infravaloración de las normas jurídico-políticas, sino todo lo contrario. Lo que la moderna politicología pretende es redondear la visión parcial de los constitucionalistas, en cuyo enfoque faltaba advertir la creciente complejidad de la realidad política; faltaba subrayar que la norma jurídica nunca es el único principio estructurador de un régimen. O sea, que en el constitucionalismo tradicional faltaba, en definitiva, situar lo político en su propio contexto, de acuerdo con lo que caracteriza al espíritu de la ciencia política. Esta nueva actitud espiritual en el estudio de los fenómenos políticos se caracteriza por su realismo, por la renovación de los métodos de investigación y por una nueva explicación de dichos fenómenos (4).

Sin embargo, la reacción contra la posición tradicional y los abusos del empleo exclusivo y excluyente del enfoque jurídico en el campo del derecho constitucional, llevó a que, cayendo en el extremo opuesto, se incurriera en el hiperfactualismo y a que no pocos especialistas, ante el fantasma del teoricismo, pretendieran convertir a la ciencia política y constitucional en una simple acumulación y descripción de hechos y datos, cuya maraña los ciega para perderlos. "Es claro —como dijera Bertrand de Jouvenel— que los meros hechos no pueden formar un conocimiento, a menos que sean ordenados según un criterio; su ordenación requiere siempre una teoría que extrae ciertos aspectos similares, atribuye a los mismos nombres comunes y supone procesos que dan lugar a esos hechos. Los procesos que asumimos constituyen en la mente una especie de modelo de lo que sucede en la realidad objeto de nuestra atención, un intento necesario de reducción de la diversidad fenomenológica a la simplicidad intelectual. Semejante teoría tiene una finalidad representativa, nos guía en la tarea de reunir hechos; éstos, a su vez, exigen la introducción de ciertos cambios en nuestra teoría, siempre y cuando no pueda ésta dar una explicación de los mismos. En la estructuración de nuestra teoría, nos movemos desde un grado de simplicidad inicial hacia una progresiva complejidad, hasta arribar, posiblemente, a una teoría diferente que alcanza la función representativa con mayor elegancia y exactitud. Una teoría así elaborada progresa con el curso del tiempo, explicando un cúmulo siempre creciente de observaciones" (5).

Como señala Giovanni Sartori, la teoría no goza de gran favor en estos momentos; y no sólo se le ha asignado un papel secundario sino, lo que es peor, la palabra teoría, al menos en política, no es ni siquiera honorífica. Decir teoría

---

(3) VERDÚ, PABLO LUCAS, *Introducción al derecho político: las transformaciones del derecho político actual*, cit., p. 102.

(4) JIMÉNEZ DE PARGA, MANUEL, *Los regímenes políticos contemporáneos*, Madrid, 1965, p. 32.

(5) JIMÉNEZ DE PARGA, MANUEL, *Los regímenes políticos contemporáneos*, cit., p. 32.



económica suena bien, pero teoría política tiene un tono sospechoso; pareciera que fuera afín de racionalización ideológica. Y el distinguido profesor de la Universidad de Florencia concluye afirmando: "No estoy de acuerdo con quienes menosprecian la influencia práctica de la teoría y mucho menos con quienes la ven con suspicacia". Piensa que "en nuestros días, los libros de política versan sobre dos cosas totalmente diferentes: la política según la estudia la ciencia que de ella trata y la política según la vive, concibe y percibe el pueblo a que afecta"; y agrega: "no veo ninguna razón para inclinarse en el primer sentido con detrimento del segundo. Quiero decir que ambos métodos son igualmente necesarios y que no se excluyen mutuamente, pese a que algunos hombres de ciencia tiendan a sustituir con el primer método el segundo, confundiendo así la posición del observador con la situación del actor" (6).

En no pocos sectores de la doctrina política prevalece el erróneo y nocivo criterio que tiende a enfrentar la labor teórica con la labor empírica, como si se tratara de puntos de vista opuestos y antagónicos. El profesor norteamericano V. O. Key señala que es sumamente raro el trabajo realizado por un teórico de la ciencia política que ofrezca líneas de potencial convergencia entre la investigación teórica y la investigación empírica; y que es solamente entre los más antiguos y quizás más sabios teóricos que puede encontrarse una consideración reflexiva de los problemas de la concordancia entre uno y otro enfoque. "Lo más común—dice—es que prevalezca la separación. La doctrina extrema parece sostener que los teóricos deben trabajar en aislamiento de la investigación empírica y el empírico mundo de la política". Por ello, preconiza que la labor empírica del científico político debe llegar a ser menos teóricamente irrelevante y su labor teórica con mayor base empírica (7).

Bien ha dicho Heller que: "ni la teoría ni la práctica pueden deducir sus ideas maestras del espíritu puro; una y otra han de extraerlas de las motivaciones psicológico-pragmáticas de los hombres reales... El conocimiento de la realidad política y su valoración se hallan pues entrañablemente unidos" (8). Y Friedrich explica con acierto que: "la teoría, si la diferenciamos de la filosofía y de la opinión, es el conjunto más o menos sistematizado de generalizaciones demostrables, o al menos coherentemente argüibles, basadas en el análisis riguroso de hechos comprobables. En calidad de tal, constituye el núcleo de la mayoría de las ciencias y disciplinas, aunque algunas de éstas—la historia, por ejemplo—parecen evitar esta generalización o aceptarla tan sólo para fines puramente académicos. Por el contrario—dice Friedrich—, la política, al menos desde los griegos, progenitores de la ciencia occidental, ha sido sometida a dicho análisis y los datos de la experiencia política han servido para fundamentar la teoría política" (9).

(6) SARTORI, GIOVANNI, *Aspectos de la democracia*, México, 1965, p. 8.

(7) KEY, V. O., *The state of the discipline*, "The American Political Science Review", v. LII, No 4, diciembre 1958, p. 966.

(8) HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*, ps. 76/77.

(9) FRIEDRICH, CARL J., *El hombre y el gobierno: una teoría empírica de la política*, Madrid, 1968, p.13.

Claro está que del mismo modo que no puede existir teoría sin realidad, tampoco resulta posible el análisis científico de ésta sin el auxilio de aquélla. Easton dice que en el presente estado de desarrollo, considerablemente empírico, en que se encuentran las ciencias sociales, no se necesita insistir demasiado en que el conocimiento científico debe estar fundado en hechos. "Lo que sí es necesario decir con énfasis —agrega— es que en sí mismos y por sí mismos, los hechos no nos permiten explicar o comprender un acontecimiento... La búsqueda de conocimientos sólidos sobre los fenómenos políticos empíricos exige, al final de cuentas, la elaboración de la teoría sistemática" (10).

En muchos sectores de la doctrina política prevalece el erróneo y nocivo criterio que tiende a enfrentar la labor teórica con la labor empírica como si se tratara de puntos de vista opuestos y antagónicos. El profesor Key afirma que es sumamente raro el trabajo realizado por un teórico de la ciencia política que ofrezca líneas de potencial convergencia entre la investigación teórica y la investigación empírica; y que es solamente entre los más antiguos y quizás más sabios teóricos que puede encontrarse una consideración reflexiva de los problemas de la concordancia entre uno y otro punto de vista investigativo. "Lo más común —dice— es que prevalezca la separación. La doctrina extrema parece sostener que los teóricos deben trabajar en aislamiento de la investigación empírica y del empírico mundo de la política". Por todo ello, preconiza que: "la labor empírica del científico político debe llegar a ser menos teóricamente irrelevante y su labor teórica con mayor base empírica" (11). Por eso, no deja de contener una irónica verdad, la proposición con la cual el relator Harry Exkstein, Profesor de la Universidad de Harvard, sintetizaba los verdaderos términos del problema que surgía de las discusiones de los participantes de la "Conferencia sobre la teoría política y el estudio de la política", realizada en 1955 en la Northwestern University de Estados Unidos: ¿cómo y por qué era que los filósofos políticos y los científicos políticos realizaban su labor para que la mayoría de ellos reconociera que tenían tanto que aprender los unos de los otros? (12).

Catlin sostiene que podemos tener un sistema de ideas consistente y que por medio de la observación, de experimentos controlados, de medidas y verificaciones, puede comprobarse que tal sistema tiene una relación efectiva para la interpretación y el control de los acontecimientos reales. A medida que la ciencia política se desarrolla, la relación entre los modelos abstractos y las condiciones objetivas y su poder de predicción práctica llegará a ser más estrecha y el nexo entre nuestros valores estéticos o éticos y su realización práctica será más plenamente reconocida por medio de la utilización de instrumentos sociales adecuados. Toda teoría política sólida —dice— tiene, a

---

(10) EASTON, DAVID, *The political system: an inquiry into the state of political science*, Nueva York, 1953.

(11) KEY, V. O., *The state of the discipline*, "The American Political Science Review", t. LII, N° 4, diciembre 1958, p. 968.

(12) *Political theory and the study of politics: a report of a Conference*, "The American Political Science Review", t. L., N° 2, junio 1956, p. 475.

largo plazo, un influjo sobre la práctica hipotética, ya que el verdadero tema de estudio es de tal clase que impulsa al hombre a ejercer la elección (13).

El Profesor de la Universidad de Nancy, Paul Marie Gaudenet, en un magnífico estudio acerca de la relación entre el derecho constitucional y la ciencia política, nos clarifica, en una ilustrativa visión retrospectiva cuáles han sido y cuáles son las posiciones respectivas y una y otra ciencia. Disciplina jurídica, el derecho constitucional clásico considera los problemas planteados por el gobierno de manera abstracta. Para él, toda norma desde el momento en que ha sido sancionada, promulgada y publicada, adquiere todo su valor y se cuida poco de los problemas que, sin tener fuerza jurídica, pueden desviar el sistema político. A partir de entonces, ofrece una visión estática del mecanismo gubernamental, muestra todos los engranajes, sin procurar distinguir entre los que verdaderamente son motores y los que apenas sirven más que a la estética del sistema y que están por completo privados de eficacia. El derecho constitucional clásico desmonta las piezas del mecanismo gubernamental sin averiguar cómo engranan y cómo marchan. Para él sólo cuentan las realidades estatales que tienen una expresión jurídica. No ve al estado y al Gobierno, sino a través de las reglas jurídicas que los organizan y los haría retornar con gusto a un conjunto de reglas jurídicas abstractas. Es lo que hacía Kelsen cuando definía al Estado como un simple sistema de normas. Situación semejante no podía sino suscitar una reacción. El derecho constitucional, disciplina de tendencia liberal y abstracta, por sí solo no podía abarcar la totalidad del problema del gobierno del Estado. A su lado había sitio para una disciplina más pragmática y más concreta: la ciencia política (14).

En tanto que el derecho constitucional se desarrollaba prevalentemente en la Europa continental, fueron los países anglosajones los primeros en promover profundas investigaciones en el dominio de la ciencia política. Careciendo los ingleses de Constitución escrita y orgánica e ignorando la supremacía de las normas constitucionales, no se sintieron impulsados a constituir una disciplina autónoma para el estudio de dichas reglas jurídicas, con mayor razón si se tiene en cuenta que su régimen político es a menudo dirigido por las convenciones que, sin base jurídica, no por ello son menos obligatorias para los gobernantes. Ello dio lugar a que el estudio de los problemas del Gobierno fuera emprendido al margen de las preocupaciones jurídicas y que el derecho constitucional dejara el paso a la ciencia política, más concreta y menos teórica, en un ambiente favorecido por el característico pragmatismo anglosajón. Tal origen imprimió a la ciencia política dos notas importantes: a) su pragmatismo y el cuidado de la eficacia; el derecho constitucional parecía encaminado, sobre todo, a limitar el poder y salvaguardar la libertad; la preocupación de la ciencia política es encontrar las reglas de un gobierno eficiente, con una organización que asegure un buen rendimiento; b) su concreción; ya que lejos de perderse en abstracciones, la ciencia política

(13) GORDON CATLIN, GEORGE E., *Las relaciones de la teoría y la práctica en política*, "Revista de Estudios Políticos", N° 110, marzo-abril 1960, ps. 107 y 109.

(14) GAUDETNET, PAUL MARIE, *Derecho constitucional y ciencia política*, "Revista de Estudios Políticos", N° 68, marzo-abril 1953, p. 65.

estudia los sistemas políticos en su realidad concreta, sustituyendo el enfoque prevalentemente estático del derecho constitucional clásico por el punto de vista esencialmente dinámico y funcional. Claro está que de esta tendencia a la concreción, resulta un peligro tan grave como el de la abstracción inherente al derecho constitucional clásico, al amenazarla en convertirla en una mera técnica para el uso de los gobernantes (15).

Aparentemente, lo expuesto parecería llevar a mantener y aun a profundizar la separación tradicional entre el derecho constitucional y la ciencia política, asignando a aquél el simple análisis de los textos constitucionales, desprovistos de sentido funcional, y dejando a esta última la elaboración concreta de la técnica o el arte de gobernar con eficacia. Estamos seguros, sin embargo, de que procediendo de manera semejante se incurriría en gravísimo error y que el criterio exacto es la síntesis o integración en una sola ciencia de lo que no son sino aspectos o enfoques distintos, pero complementarios de la misma disciplina: la ciencia político-constitucional, o sea, la ciencia soberana entre las ciencias, al decir de Aristóteles y que no es otra cosa que politizar el derecho constitucional y juridizar la ciencia política (16).

Sea que coincidamos con Mirkin Guetzévitch, en que la ciencia política sea el método adecuado para estudiar el derecho constitucional, o que pensemos, conforme con la última opinión expuesta por Burdeau, rectificando su anterior criterio, que el derecho constitucional es el que proporciona la herramienta metodológica a la ciencia política, lo real es que hoy una y otra disciplina constituyen áreas inseparables de investigación, que se integran e influyen recíprocamente. La ciencia política incide sobre el derecho constitucional, encaminándolo hacia un enfoque más realista e integral de las instituciones políticas, mediante la utilización de técnicas investigativas adecuadas, que comportan una profunda renovación de los métodos tradicionales. A su vez, el derecho constitucional orienta a la ciencia política, como la estrella polar al navegante, proporcionándole pautas de valoración que liberarán al investigador del peligro, que muchos no han podido sortear de convertir lo que verdaderamente es una ciencia, en una mera recopilación de datos empíricos. De esto se deduce que la finalidad específica del derecho constitucional deberá ser la luz que ilumine el camino de la ciencia política: finalidad que es la consagración práctica de la libertad y la dignidad del hombre, a la vez que la realización efectiva de la justicia, mediante el imperio del derecho.

El derecho constitucional es, por consiguiente, el derecho de la realidad o, dicho en otros términos, el derecho de las instituciones políticas. Como explica Jiménez de Parga, el verdadero régimen político de un pueblo tiene una estructura compleja determinada, en parte por la estructura normativa de la Constitución y por la ideología que a ésta informe y, en parte, por el juego de los poderes fácticos que operan al margen de los esquemas constitucionales.

---

(15) GAUDENET, PAUL MARIE, *Derecho constitucional y ciencia política*, "Revista de Estudios Políticos", N° 68, marzo-abril 1953, p. 65.

(16) GAUDENET, PAUL MARIE, *Derecho constitucional y ciencia política*, "Revista de Estudios Políticos", N° 68, abril 1953, p. 65.

O sea, que el régimen político de un pueblo no coincide con la organización establecida en la letra del documento constitucional. Es por ello que la disciplina científica que pretenda dar a conocer la verdad política de un régimen tiene que emplear métodos de análisis realistas: será una disciplina jurídica, ya que el derecho es un principio configurador de la política, y la exégesis de la Constitución y de las normas complementarias ilumina una de las vertientes de cualquier régimen; pero además, será una disciplina preocupada por el funcionamiento efectivo de las instituciones y por las bases de toda índole que apoyan las distintas soluciones políticas (17). Por lo demás, el derecho constitucional como toda otra disciplina científica, no es algo estático, sino dinámico. Bien escribió Unamuno, que: "a todos nos enseñan lo que es ciencia y lo olvidamos al mismo tiempo que lo estamos aprendiendo, en un solo acto. Olvidamos que la ciencia es algo vivo, en vías de formación siempre, con su fondo formado y eterno y su continuo proceso de cambio" (18).

Como señala Burdeau, en cuanto ciencia el derecho constitucional está circunscripto por las reglas jurídicas relativas a las instituciones políticas. Su estudio exige vastas incursiones en el ámbito de los hechos, pero, por lo menos, se realiza a partir y en función de un sistema normativo. En cambio, la ciencia política no está ligada por las normas jurídicas y sus investigaciones abarcan todos los fenómenos políticos, estén o no regulados por el Derecho. No es pues exacto que el derecho constitucional, como ciencia, deba limitarse y reducirse al análisis de las reglas jurídicas. Su objeto directo es, sin duda, exponer un sistema normativo, pero las normas que lo integran son función de un medio que hay que conocer, aunque más no sea para interpretarlas desde el punto de vista jurídico estricto. Siendo el Derecho una ciencia social, mal podría hacer abstracción de la realidad viviente (19).

En el campo del derecho constitucional ha de tenerse en cuenta el carácter institucional que además del normativo posee nuestra disciplina. "Si el privatista —expresa Biscaretti di Ruffia— es impulsado muchas veces a contentarse con la concepción normativa, en la medida que el derecho privado se explica generalmente en un ámbito rígidamente delimitado por las normas positivas, el juspublicista, en cambio, se ve obligado casi siempre a superar la esfera dominada por las reglas en cuestión para ascender a las fuentes de producción de las mismas normas, tomando directamente en consideración las instituciones que realizan concretamente aquéllas o, por lo menos, las actúan y tutelan. Con otras palabras, el especialista del derecho público es impulsado necesariamente a considerar, ante todo, aquellos elementos del derecho que son distintos de las simples normas; o sea, más explícitamente, a la misma estructura del ordenamiento jurídico, a sus procedimientos de formación y de evolución, a las normas y procedimientos con los que se actúa y originan las mismas normas" (20).

(17) JIMÉNEZ DE PARGA, MANUEL, *Regímenes políticos contemporáneos*, p. 11.

(18) DE UNAMUNO, MIGUEL, *La tradición eterna*, "Obras selectas", Madrid, 1956, p. 50.

(19) BURDEAU, GEORGES, *Método de la ciencia política*, p. 130.

(20) BISCARETTI DI RUFFIA, PAOLO, *Derecho constitucional*, p. 67.

Uno de los más brillantes exponentes de la nueva concepción del derecho constitucional, Maurice Duverger, en la advertencia preliminar de su señero libro *Instituciones políticas y derecho constitucional* afirma que “la orientación fundamental de este libro es sociológica y no metafísica. Su punto de partida no es una concepción a priori del Estado y del Gobierno, sino el análisis de los hechos. Y por este análisis se intenta precisar los fundamentos de las concepciones del Estado y del Gobierno. Este método desemboca en una verdadera desmitificación. Permite comprobar que las instituciones políticas y constitucionales son objeto de una competencia permanente entre grupos sociales, de una lucha constante, de las cuales son a la vez los medios y la meta propuesta. Si las nociones de Estado, defensor del interés general, y Gobierno, que encarna la voluntad nacional, corresponden a veces a la realidad, mucho más a menudo, o al menos en parte, constituyen un medio para disimular la dominación de ciertos grupos sobre otros y de hacerla aceptar por los miembros de estos últimos. En este contexto aparece la verdadera significación de las doctrinas políticas, de las teorías jurídicas y de las concepciones metafísicas que pretenden a veces fundamentarlas; armas utilizadas en los combates políticos y sociales, que a menudo cambian de manos siguiendo las vicisitudes de la batalla”. Y precisando aún más su enfoque, agrega Duverger que si bien el conocimiento de los hechos es sin duda antiguo, hasta ahora la tradición de los juristas consistía en pasar por alto más o menos estas realidades y, llevados por su tendencia a la abstracción y la sutileza de su razonamiento, dar la mano a esta mitificación fundamental que deifica al Estado y a los gobernantes que lo encarnan. “El derecho constitucional—dice Duverger— es cada vez menos el derecho de la Constitución, para convertirse cada vez más en el derecho de las instituciones políticas, conténganse o no en el texto constitucional”. Y agrega que “en adelante, no nos debemos limitar tan sólo a un análisis jurídico de las instituciones políticas, sino que se deben incluir éstas en un análisis más completo y más amplio, de naturaleza sociológica: un análisis de ciencia política”. Y subraya que este cambio de orientación lleva consigo dos consecuencias esenciales: a) comporta una ampliación del campo de estudios tradicional: no se estudian solamente las instituciones políticas regladas por el derecho, sino también las que el derecho ignora más o menos completamente, y b) las instituciones políticas regladas por el derecho no deben ser estudiadas exclusivamente desde el ángulo jurídico, sino que deben ser analizadas en la forma en que operan de acuerdo con el derecho y también el margen del derecho, determinándose su real importancia en los hechos y no solamente a la luz de los textos jurídicos (21).

André Hauriou ha hecho notar que con posterioridad a la sanción del decreto de 1934 que reformó en Francia los planes de estudio de las escuelas de Derecho, la denominación de la disciplina derecho constitucional ha sido completada con el agregado de los términos e instituciones políticas. “De acuerdo con el diccionario—dice— las instituciones son cosas establecidas por los hombres. Las instituciones políticas son, por consiguiente, cosas establecidas por los hombres en el ámbito de la vida política. Por ello, las

---

(21) DUVERGER, MAURICE, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, p. 7.

instituciones políticas comprenden las reglas del derecho constitucional, por cuanto, después de todo, los preceptos del derecho constitucional sobreviven a sus autores, teniendo una vez que han sido establecidos por los hombres, una suerte de existencia autónoma, viniendo a ser cosas, en el encuadramiento de la vida política. Mas, por otra parte, la denominación instituciones políticas desborda al derecho constitucional y en el hecho se orienta a lo que se llama ciencia política.

Hauriou advierte que la ciencia política tiene por objeto el conocimiento de los fenómenos políticos, sin preocupación alguna por su encuadramiento o el juicio que pueda recaer sobre ellos. Indiscutiblemente, la enseñanza del derecho constitucional y las instituciones políticas desemboca en la ciencia política, ayudando a dar su verdadero alcance a las reglas del derecho constitucional, así como a precisar la fisonomía de las instituciones políticas. Pero instituciones políticas y ciencia política no son términos idénticos y no consideran exactamente los mismos objetos. "La ciencia política —dice Hauriou— se preocupa de todos los fenómenos políticos, de los pequeños tanto como de los importantes" de los pasajeros como de los durables. La consideración de las instituciones políticas comporta no acordar atención, de acuerdo con la misma definición de institución, sino a los fenómenos establecidos, o sea, que ofrecen una cierta importancia y, sobre todo, una cierta duración y que son susceptibles, por consiguiente, de aportar un complemento, una modificación o una interpretación de las reglas constitucionales. Esta constante comparación entre lo que debería ser y lo que es y que está limitada al dominio de lo durable o al menos de lo que presenta una cierta duración, resulta sumamente fecunda. Permite adquirir el sentido de la evolución en el campo social, cosa que resulta indispensable ya que la vida misma, en buena medida, no es sino transformación tanto de la sociedad como de los individuos" (22).

Por su parte, Burdeau, aludiendo a la reforma de los planes de estudio en las escuelas de Derecho en Francia, coincide en que la adopción de la terminología derecho constitucional e instituciones políticas "me parecía oportuna, ya que es evidente que el solo conocimiento de los textos constitucionales es insuficiente para apreciar el funcionamiento de las instituciones. Si en tanto que marco escolar se limita la observación de la vida política, al estudio de la Constitución y las prácticas políticas que resultan directamente de su aplicación, se acepta, por lo mismo, excluir del análisis toda la infraestructura filosófica, todo el contexto social, todos los factores psicológicos que sostienen, justifican y explican la Constitución. Las instituciones políticas no pueden ser desarraigadas sin que pierdan su originalidad y su misma significación. Es decir que sin salir del derecho constitucional, sin ampliar arbitrariamente su campo, es indispensable utilizar para su estudio las enseñanzas de la historia y de la sociología, los datos de la filosofía y hasta las lecciones de una experiencia personal. Esta actitud, que siempre fue recomendable, hoy es más que nunca necesaria, por cuanto la política, dejando de ser una actividad especializada, engloba la totalidad de la vida humana. Los mecanismos

---

(22) HAURIOU, ANDRÉ, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, París, 1968, p. 19.

constitucionales dirigen, de cerca o de lejos, todo nuestro destino, pero en revancha, en su funcionamiento y utilización, soportan el influjo de todos nuestros actos y nuestros pensamientos" (23).

Asu vez, Fraga Iribarne considera al derecho constitucional como "estudio de los sistemas de organización política, es decir, de los regímenes políticos". Estos juicios "han de ser estudiados no con el criterio general de la teoría del Estado, sino en una selección de los más importantes, en su individualidad y personalidad, haciendo que la exposición de cada uno sea el análisis completo de un sistema vivo, en todas las fuerzas que lo integran, que constituya toda una lección de política. Hay en ello, pues, un triple momento: descriptivo (*Staatenkunde*), sociológico (teoría del régimen en cuestión) y práctico (política inglesa, rusa, etc.). Sólo entonces se entiende la Constitución como sistema jurídico (derecho constitucional *strictu sensu*)" (24).

Como enseña Xifra Heras, "el derecho no se basta a sí mismo para satisfacer las necesidades sociales, pues si bien es cierto que sin normas no se vive, no lo es menos que las normas deben ser vividas y la actividad que infunde vida al orden jurídico es precisamente la política. Las instituciones legales, como la vida, se hallan sujetas a un proceso de realización y de mutación impulsadas por la política, esa gran forja de normas jurídicas, como la llama Ruiz del Castillo. Junto al derecho normado hay que contar con un derecho vivido, difuso en el ambiente social en forma de usos y de costumbres, sobre el que actúa la política con el propósito de consolidarlo y convertirlo en derecho establecido. La política se propone la conversión de las tendencias sociales en normas jurídicas y el derecho se moviliza gracias a la política. Son pues elementos distintos del mismo proceso. Sin derecho, la política no podría actuar, sin política, el derecho no podría evolucionar". Y agrega que "se ha de concebir el derecho como una norma práctica que se matiza y atornasola a merced de la política. Y ésta como la actividad que crea, impulsa y modifica la ordenación de la realidad social (25).

Loewenstein advierte que "toda teoría de la Constitución muestra necesariamente los rasgos de su época". Cuando Georg Jellinek hace más de medio siglo escribió su Teoría general del Estado, aquella obra maestra del profundo humanismo positivista que desde entonces ni en Alemania ni en ningún otro lugar ha tenido una digna sucesora, recogió la suma de las experiencias políticas que había transmitido el recién acabado siglo XIX a las sociedades estatales europeas. En aquella época existía todavía una sociedad estatal europea unitaria y una teoría de la Constitución; aún con una preponderante orientación europea, podía valer como universal, ya que el centro del poder no se había trasladado todavía a América y a Asia. Actualmente, el retroceso europeo se corresponde con la extensión de la experiencia constitucional sobre todo el mundo. Factores que hoy están en el centro de la gestión estatal, tuvieron que escaparse entonces al enfoque de Georg Jellinek, en el que todo

(23) BURDEAU, GEORGES, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París, 1962, p. 5.

(24) FRAGA IRIBARNE, MANUEL, *La crisis del Estado: estudios de teoría del Estado contemporáneo*, Madrid, 1958, p. 459.

(25) XIFRA HERAS, JORGE, *Introducción a la política*, Barcelona, 1965, p. 44.



acentuado sentido realista estaba limitado jurídico-positivamente, sin la inclusión de estos factores, una teoría de la Constitución sería hoy un vacío esqueleto normativo. Aquí se trata sobre todo de los grupos pluralistas imposibles de captar normativamente, como son los partidos políticos y los grupos de interés, y el papel del individuo en y frente al Estado y al dominio estatal que igualmente no puede ser captado por normas jurídico-positivas. Y finalmente, tampoco podía imaginarse el gran maestro, asentado en el bien fundamentado terreno del siglo XIX que la forma gubernamental universal del inmediato futuro sería la democracia constitucional, ni que ésta, en virtud de la nueva tecnología de la dinámica de poder en la sociedad de masas, sería desafiada por el renacimiento de una autocracia sin precedentes. Y además, en su imagen del mundo basada en la razón del Estado de Derecho del siglo XIX, no había en absoluto lugar para el carácter demoníaco del poder. En su orden ontológico jurídico-positivo no pudo acomodar la esencia de la libertad ni protegerla de los peligros que la amenazan. Y Loewenstein llega a la conclusión, que expone brillantemente en el prefacio de la edición inglesa de su obra maestra, que "no se trata de una descripción y análisis de las instituciones políticas o una comparación funcional de dichas instituciones y técnicas de las diversas civilizaciones políticas país a país. Por contraste, este estudio es un intento pionero de establecer lo que últimamente se ha venido llamando *conceptual framework*, esquema conceptual. Las instituciones políticas y las técnicas que operan en los distintos sistemas políticos serán analizados subordinándolos a un esquema o patrón conceptual, que sirve como una pauta para la evaluación de la abrumadora variedad de tipos históricos y contemporáneos de gobierno. Este contexto conceptual a que está orientada la discusión, es el ejercicio del poder político fundamental en todas las organizaciones políticas. ¿Está el poder concentrado en las manos de un solo detentador u órgano estatal, o está mutuamente distribuido y recíprocamente controlado por los distintos detentadores del poder u órganos estatales? Deliberadamente la investigación no se basa en, ni se podrá deducir de ella, una delimitada y unitaria teoría política de naturaleza filosófica, especulativa o metafísica. Deberá ser considerada como una contribución para comprender la realidad del proceso político" (26).

"La regla de derecho positivo —dice Van der Meersch— aun adaptada por la costumbre constitucional, no basta para explicar y justificar las transformaciones que se producen en el funcionamiento de nuestras instituciones políticas. Todo el funcionamiento de las instituciones no está en el derecho, aun en el derecho positivo interpretado por la jurisprudencia, modelado y completado por la costumbre. El derecho es una cosa. La personalidad, la voluntad, el dinamismo de los hombres que la hacen vivir, es otra. A la conformación de las instituciones constitucionales por los depósitos aluvionales de la costumbre se agrega insensiblemente la modificación de esas instituciones por los hechos y las prácticas a las cuales no se podrá encontrar ningún fundamento constitucional o legal. Ubicados fuera del derecho, ellos son evaluados por la ciencia política, que hace posible su

---

(26) LOEWENSTEIN, KARL, *Political power and the governmental process*, Chicago, 1957, p.VII.

estudio sistemático. Es decir, que hoy el publicista no podría dejar de conciliar el espíritu normativo con la realidad política y debe penetrar en la vida de las instituciones para descubrir las fuerzas que actúan sobre la evolución del derecho" (27).

Por razones obvias, ya que me comprenden las generales y la ley, no soy el indicado para evaluar los méritos del autor y de su obra, pero sí se me permite al menos no puedo disimular mi complacencia por el adecuado y profundo enfoque como así también por la acertada metodología con que el distinguido constitucionalista, catedrático y académico, encara la investigación y la enseñanza de la noble disciplina de la ciencia política a la que el inmortal estagirita conceptuaba como la ciencia soberana entre todas las ciencias.

SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

---

(27) GANSHOF VANDER MEERSCH, W. J., *Pouvoir de fait et règle de droit dans le fonctionnement des institutions politiques*, ps. 27/28.

---

# INDICE GENERAL

---

	Pág.
PRÓLOGO .....	IX

## TOMO I

### CAPÍTULO I

#### DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Concepto y evolución del Derecho Constitucional .....	1
2. Concepto tradicional .....	6
3. Concepto moderno .....	10
4. Fuentes del derecho constitucional .....	12
5. La Constitución .....	13
6. Las leyes institucionales .....	14
7. La costumbre .....	15
8. Clasificación de las costumbres .....	17
9. Jurisprudencia .....	20
10. Doctrina .....	21
11. Derecho comparado .....	22
12. Finalidad del Derecho Constitucional .....	24
13. Relaciones con otras disciplinas .....	28
14. Metodología del Derecho Constitucional .....	34
15. Técnica metodológica de investigación .....	35
16. Enfoque metodológico .....	37
17. El método .....	40
18. Constitucionalismo y estado de derecho .....	41

	Pág.
19. Técnicas del constitucionalismo .....	48
20. Ciclos políticos .....	51
21. Educación para la libertad .....	54

## CAPÍTULO II

### LA CONSTITUCIÓN

22. Concepto de Constitución .....	59
23. Clasificación de las constituciones .....	65
24. Constituciones escritas y no escritas .....	65
25. Constituciones codificadas y dispersas .....	66
26. Constituciones rígidas, flexibles y pétreas .....	68
27. Cláusulas pétreas .....	69
28. Constituciones monárquicas y republicanas .....	71
29. Constituciones originarias y derivadas .....	72
30. Constituciones personalistas, transpersonalistas y neutras .....	72
31. Constituciones normativas, nominales y semánticas ....	73
32. Formulación e interpretación de las normas constitucionales .....	75
33. Reglas para la formulación de las normas constitucionales .....	77
34. Finalidad .....	78
35. Prudencia .....	79
36. Realismo .....	81
37. Tradiciones y costumbres .....	83
38. Estabilidad .....	85
39. Flexibilidad .....	87
40. Generalidad .....	89
41. Lenguaje común .....	90
42. Claridad .....	91
43. Concisión .....	93
44. Reglas para la interpretación de las normas constitucionales .....	94
45. Interpretación, interacción y construcción .....	98

	Pág.
46. Interpretación literal, extensiva y restrictiva.....	102
47. Interpretación auténtica, judicial y doctrinaria .....	103
48. Reglas de interpretación constitucional .....	107
49. Interpretación teleológica o finalista .....	108
50. Interpretación semántica .....	111
51. Interpretación sistemática .....	113
52. Interpretación dinámica .....	116
53. Reglas complementarias de interpretación constitucio- nal .....	119
54. Razonabilidad .....	120
55. Interpretación restrictiva de las excepciones y privilegios.	122
56. Presunción de constitucionalidad de los actos públicos.	124
57. <i>In dubio pro libertate</i> .....	126
58. El Preámbulo de la Constitución .....	127
59. La Constitución argentina .....	130
60. El proceso preconstituyente .....	130
61. Reglamento provisional de 1811 .....	132
62. Asamblea de 1813.....	135
63. El Congreso de Tucumán .....	137
64. Constitución de 1819.....	140
65. Constitución de 1826.....	146
66. Constitución de 1853/60.....	151
67. La Constitución de 1853 según Juan María Gutiérrez .....	159
68. Reforma constitucional de 1866 .....	181
69. Reforma constitucional de 1898 .....	182
70. Reforma constitucional de 1949 .....	183
71. Reforma constitucional de 1957 .....	185
72. Reforma de facto de 1972 .....	186
73. Reforma constitucional de 1994 .....	187

## CAPÍTULO III

## DINÁMICA DEL PODER CONSTITUYENTE

74. Poder constituyente .....	193
-------------------------------	-----

	Pág.
75. Poder constituyente originario y poder constituyente derivado .....	196
76. Límites del poder constituyente .....	197
77. Sujeto del poder constituyente. Legitimidad y legalidad del poder constituyente .....	198
78. Reforma constitucional .....	200
79. Procedimiento para la reforma de la Constitución Nacional .....	202
80. Manifestación de la necesidad de reforma. Función constituyente y función preconstituyente .....	204
81. Declaración o ley del Congreso .....	205
82. Actuación separada de las cámaras del Congreso .....	210
83. Quórum y mayoría para declarar la necesidad de la reforma constitucional .....	213
84. Alcances de la declaración de necesidad de la reforma constitucional .....	217
85. Cuestiones planteadas en la reforma de 1994 .....	220
86. Convención Constituyente .....	224
87. Requisitos para ser convencional .....	228
88. Constitucionalidad de la reforma constitucional .....	231
89. Nulidad de la reforma constitucional .....	236
90. Supremacía de la Constitución. Concepto .....	242
91. El artículo 31 de la Constitución Nacional .....	244
92. Supremacía de las leyes .....	246
93. Supremacía de los tratados .....	247
94. Jerarquía de los tratados internacionales .....	253
95. Relación de los tratados internacionales con la Constitución Nacional .....	258
96. Control de constitucionalidad .....	286
97. Sistemas de control de constitucionalidad .....	287
98. Control político .....	288
99. Control judicial .....	291
100. Control de constitucionalidad en la Argentina .....	294
101. Causa judicial .....	297
102. Petición de parte y control de oficio .....	298
103. Interés legítimo .....	303
104. Las cuestiones políticas no son justiciables .....	304
105. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad .....	307

**CAPÍTULO IV**  
**ESTADO Y GOBIERNO**

106. Organización política global .....	311
107. Población .....	313
108. Territorio .....	319
109. Poder político .....	320
110. Poder institucionalizado .....	323
111. Comunidad nacional .....	324
112. Centralización y descentralización política .....	325
113. Alianza o liga de Estados .....	326
114. Unión personal de Estados .....	327
115. Confederación .....	327
116. Estado .....	330
117. Estado federal .....	331
118. Estado unitario .....	334
119. Regionalismo .....	335
120. El regionalismo en la Constitución Nacional .....	336
121. Organizaciones supraestatales .....	339
122. La integración en la Constitución Nacional .....	348
123. Soberanía, autonomía y autarquía .....	350
124. Regulación constitucional .....	356
125. El federalismo argentino .....	361
126. Pactos preexistentes y especiales .....	364
127. Relaciones entre el Estado federal y las provincias .....	367
128. Facultades del Estado federal y de las provincias .....	369
129. Constituciones provinciales .....	373
130. La garantía del principio federal .....	375
131. Integridad territorial .....	376
132. Autonomía política .....	377
133. Desarrollo económico y bienestar local .....	379
134. Igualdad entre las provincias .....	382
135. Unión nacional y paz interior .....	383
136. El régimen municipal .....	385
137. Régimen constitucional de la Ciudad de Buenos Aires ..	388
138. Estructura del gobierno .....	401

	Pág.
139. Estructura del gobierno nacional .....	405
140. Gobierno representativo .....	407
141. Formas semidirectas de democracia .....	410
142. Derecho de iniciativa .....	414
143. Reglamentación del derecho de iniciativa .....	416
144. Consulta popular .....	419
145. Reglamentación de la consulta popular .....	421
146. Las formas semidirectas y la reforma constitucional .....	423
147. Gobierno republicano .....	427
148. Separación y control de las funciones del poder .....	429

## CAPÍTULO V

### LA LIBERTAD CONSTITUCIONAL

149. Concepto y valoración de la libertad .....	439
150. Libertad y sistemas políticos .....	446
151. Libertad y democracia .....	449
152. Las libertades en la Constitución Nacional .....	453
153. Relatividad de las libertades constitucionales .....	459
154. Poder de policía .....	463
155. Concepto del poder de policía .....	464
156. Características del poder de policía .....	465
157. Sistemas del poder de policía .....	467
158. Límites del poder de policía .....	471
159. Competencia de la Nación y las provincias en materia de poder de policía .....	474
160. Legalidad .....	476
161. Igualdad .....	480
162. Prerrogativas de sangre, nacimiento y discriminación racial .....	490
163. Fueros personales y fueros reales .....	494
164. Igualdad fiscal .....	495
165. Los cargos públicos y la idoneidad .....	496
166. Derechos de los pueblos indígenas .....	499



## CAPÍTULO VI

## LAS LIBERTADES CIVILES

167. Libertad de vivir .....	503
168. Pena de muerte .....	508
169. Aborto .....	511
170. Regulación legal y jurisprudencia .....	514
171. Eutanasia .....	520
172. Libertad ambulatoria .....	525
173. Libertad de tránsito .....	526
174. Libertad de domicilio .....	527
175. La libertad de religión .....	532
176. Libertad de enseñanza .....	537
177. Libertad de petición .....	543
178. Libertad de reunión y de asociación .....	547
179. Libertad de reunión .....	548
180. Libertad de asociación .....	551
181. El matrimonio y las uniones homosexuales .....	553
182. Derechos personalísimos .....	557
183. Derecho al honor .....	559
184. Libertad de intimidad y vida privada .....	562
185. Límites de la libertad de intimidad y vida privada .....	566
186. Intimidad y vida privada de los funcionarios públicos ....	570
187. Derecho a la propia imagen .....	573
188. El derecho ambiental .....	590
189. Contenido del derecho .....	592
190. Preservación del ambiente y sujetos obligados .....	594
191. Sujeto activo .....	596
192. Regulación legal del medio ambiente .....	598
193. Residuos peligrosos y radioactivos .....	600
194. Defensa del consumidor .....	603
195. Ley de defensa del consumidor .....	604

## CAPÍTULO VII

## LIBERTAD DE EXPRESIÓN

196. El pensamiento .....	609
---------------------------	-----

	Pág.
197. Expresión del pensamiento .....	612
198. Evolución histórica .....	616
199. Libertad de prensa y libertad de imprenta .....	624
200. Extensión de la libertad de prensa .....	627
201. Internet .....	632
202. Regulación de la prensa en el período colonial .....	639
203. Antecedentes constitucionales .....	642
204. Reglamento sobre la libertad de imprenta de 1811 .....	643
205. Decreto de libertad de imprenta de 1811 .....	644
206. Ensayos constitucionales .....	645
207. El desconocimiento de la libertad de prensa .....	647
208. Regulación constitucional de la libertad de prensa: ar- tículo 14 .....	650
209. Regulación constitucional de la libertad de prensa: ar- tículo 32 .....	652
210. Regulación constitucional de la libertad de prensa: ar- tículo 1º .....	655
211. Regulación constitucional de la libertad de prensa: ar- tículo 33 .....	656
212. Regulación constitucional de la libertad de prensa: ar- tículo 43 .....	657
213. Regulación constitucional de la libertad de prensa: ar- tículo 68 .....	660
214. Regulación constitucional de la libertad de prensa: ar- tículo 83 .....	662
215. La libertad de prensa en los tratados internacionales .....	664
216. Acta de Chapultepec y la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos .....	670
217. Dimensión individual, institucional y estratégica de la libertad de prensa .....	673
218. Competencia para legislar sobre prensa .....	679
219. Jurisdicción para juzgar en materia de prensa .....	684
220. Límites de la libertad de prensa .....	686
221. Censura .....	690
222. La censura periodística y los comicios .....	696
223. Derecho de rectificación o respuesta: antecedentes .....	704

	Pág.
224. Concepto .....	710
225. Regulación legislativa .....	711
226. Valoración constitucional .....	713
227. Jurisprudencia extranjera .....	716
228. Jurisprudencia nacional .....	724
229. Secreto profesional y acceso a las fuentes de información.	742
230. Aspectos legales.....	744
231. Límites .....	748
232. Jurisprudencia .....	753
233. Restricciones a la libertad de prensa.....	757
234. Doctrina Campillay .....	764
235. Doctrina de la real malicia .....	770
236. Formulación de la doctrina .....	771
237. Aplicación en el sistema jurídico argentino.....	792
238. La real malicia en la jurisprudencia nacional.....	801
239. Crítica a los magistrados judiciales .....	813
240. Publicidad comercial .....	820

## CAPÍTULO VIII

### LAS LIBERTADES PATRIMONIALES

241. Libertad de propiedad .....	829
242. Antecedentes constitucionales y convenciones internacionales .....	834
243. Concepto constitucional .....	836
244. Propiedad intelectual .....	837
245. Límites de la propiedad .....	842
246. Expropiación .....	844
247. Competencia para expropiar .....	847
248. Utilidad pública .....	848
249. Calificación legal .....	850
250. Indemnización previa .....	850
251. Retrocesión .....	852
252. Ocupación temporánea .....	852
253. Requisición .....	854

	Pág.
254. Decomiso .....	856
255. Servicios personales .....	857
256. Confiscación .....	858
257. Libertad económica .....	861
258. Defensa de la competencia .....	869
259. Libertad de trabajo .....	872
260. Constitucionalismo social .....	874
261. Regulación constitucional .....	879
262. Garantías del trabajo .....	881
263. Condiciones de trabajo .....	882
264. Duración del trabajo .....	883
265. Retribución .....	884
266. Retribución del sector público .....	885
267. Control, participación y colaboración en aspectos empre- sarios .....	888
268. Protección contra el despido y estabilidad .....	889
269. Organización sindical .....	894
270. Convenios colectivos de trabajo .....	896
271. Representación gremial .....	897
272. La huelga .....	898
273. Seguridad social .....	902
274. Regulación constitucional .....	904
275. Seguro social .....	907
276. Asistencia médica y derecho a la salud .....	915
277. Régimen jubilatorio .....	918
278. Entidades de seguridad social, superposición de aportes y competencia .....	920
279. Defensa de la familia .....	922
280. Libertad fiscal y poder impositivo .....	924
281. La relación jurídica fiscal .....	927
282. Legalidad .....	929
283. Igualdad .....	932
284. No confiscatoriedad .....	934
285. Libertad de circulación .....	940
286. El peaje .....	941
287. Clasificación de las contribuciones .....	944

	Pág.
288. Impuestos.....	944
289. Tasas.....	946
290. Contribuciones especiales.....	946
291. El ahorro obligatorio.....	947
292. Interpretación de las leyes fiscales.....	949
293. Distribución del poder impositivo.....	952

## CAPÍTULO IX

## LAS LIBERTADES POLÍTICAS

294. Concepto y extensión de la libertad política.....	959
295. Nacionalidad y ciudadanía.....	963
296. Regulación constitucional de la nacionalidad.....	966
297. Derecho electoral y sistema electoral.....	970
298. Concepto de soberanía popular.....	973
299. Concepto de sistema electoral.....	976
300. Técnica electoral.....	980
301. Cuerpo electoral.....	982
302. Representación política y representación funcional.....	984
303. El cuerpo electoral en la legislación argentina.....	986
304. Situación de los detenidos y no condenados.....	988
305. Sufragio.....	991
306. Voto.....	993
307. Universalidad del voto.....	993
308. Igualdad del voto.....	997
309. Secreto del voto.....	997
310. Voto obligatorio.....	998
311. El voto en la legislación argentina.....	999
312. Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres....	1002
313. Clasificación de los sistemas electorales.....	1003
314. Sistema de mayoría relativa.....	1005
315. Sistema de circunscripciones y voto uninominal.....	1006
316. Sistema de mayoría absoluta.....	1010
317. Sistema de mayoría absoluta con voto alternativo.....	1011
318. Sistema de voto limitado o restringido.....	1012

	Pág.
319. Sistema de la Ley Sáenz Peña .....	1012
320. Sistema de voto único no transferible .....	1014
321. Sistemas mixtos .....	1015
322. Sistema de representación proporcional .....	1016
323. Sistema de representación proporcional con cláusula limitativa .....	1018
324. Sistema de representación proporcional de media ma- yor .....	1019
325. Sistema de representación proporcional con remanente mayor .....	1020
326. Sistema de representación proporcional d'Hondt .....	1020
327. Sistema de voto único transferible .....	1021
328. La representación proporcional en el sistema electoral argentino .....	1022
329. Voto de preferencia .....	1024
330. Sistema de lemas .....	1025
331. Partidos políticos. Concepto .....	1026
332. Características y funciones .....	1029
333. El rol de la oposición .....	1031
334. Clasificación de los partidos políticos .....	1033
335. Grandes y pequeños partidos políticos .....	1034
336. Partidos de opinión y partidos de masa .....	1034
337. Partidos oficialistas y partidos opositores .....	1035
338. Partidos de derecha, centro e izquierda .....	1035
339. Partidos constitucionalistas y autocráticos .....	1036
340. Sistemas de partidos políticos .....	1037
341. Regulación constitucional de los partidos políticos .....	1039
342. Financiamiento de los partidos políticos .....	1045
343. Caducidad y extinción de los partidos políticos .....	1049
344. Selección de candidatos y elecciones internas .....	1050
345. Poderes de hecho y pluralismo .....	1055
346. Factores de poder y factores de presión .....	1058
347. Los grupos sociales de opinión .....	1060
348. Institucionalización de los poderes de hecho .....	1064

## TOMO II

## CAPÍTULO X

## LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

349. Concepto y clasificación de las garantías constitucionales .....	1069
350. Seguridad jurídica .....	1072
351. Irretroactividad de la ley .....	1076
352. Irretroactividad de la ley penal .....	1078
353. Irretroactividad de la ley civil .....	1086
354. Irretroactividad de la ley administrativa .....	1090
355. Irretroactividad de la ley laboral .....	1091
356. Irretroactividad de la ley fiscal .....	1091
357. Irretroactividad de la ley previsional .....	1092
358. Irretroactividad de la ley procesal .....	1094
359. Irretroactividad de las leyes interpretativas .....	1095
360. Garantía del debido proceso legal .....	1097
361. Juicio previo .....	1099
362. Legalidad .....	1101
363. Mediación o audiencia prejudicial .....	1102
364. Publicidad del proceso judicial .....	1103
365. Tipificación de las conductas delictivas .....	1105
366. Delitos internacionales .....	1109
367. El debido proceso legal y los delitos de lesa humanidad.	1113
368. <i>Non bis in idem</i> .....	1125
369. Cosa juzgada .....	1127
370. Prescripción .....	1128
371. Celeridad y denegación de justicia .....	1139
372. Intervención del juez natural .....	1140
373. Juicio por jurados .....	1143
374. Acusación o demanda .....	1145
375. Inviolabilidad de la defensa en juicio .....	1146
376. Ofrecimiento y producción de prueba .....	1150

	Pág.
377. Declaración contra sí mismo .....	1151
378. Extracción compulsiva de sangre .....	1157
379. Prueba obtenida ilegalmente .....	1159
380. Detención preventiva .....	1162
381. Presunción de inocencia .....	1166
382. Sentencia conforme a derecho .....	1170
383. Penas aplicables en materia penal .....	1171
384. Derecho a la segunda instancia .....	1177
385. Indemnización por error judicial .....	1181
386. Tribunales administrativos .....	1183
387. Condiciones de privación de la libertad ambulatoria .....	1184
388. Amparo .....	1190
389. Amparo contra actos de autoridad pública .....	1194
390. Concepto de autoridad pública .....	1196
391. Lesión a los derechos y garantías constitucionales .....	1197
392. Inexistencia de vías administrativas y judiciales idóneas .....	1198
393. El control de constitucionalidad en el amparo .....	1200
394. Legitimación para promover la acción de amparo .....	1201
395. Regulación procesal de la acción de amparo .....	1203
396. Amparo contra actos de particulares .....	1206
397. Amparo por mora de la administración .....	1208
398. Hábeas data .....	1209
399. Objeto .....	1211
400. Tipos de hábeas data .....	1212
401. Legitimación para promover la acción de hábeas data ..	1213
402. Categorías de datos .....	1215
403. El consentimiento .....	1217
404. Ambito de aplicación .....	1218
405. Hábeas corpus .....	1218
406. Regulación legislativa del hábeas corpus .....	1220
407. Orden de arresto y autoridad competente .....	1220
408. Tipología del hábeas corpus .....	1223
409. Hábeas corpus y estado de sitio .....	1224
410. Legitimación para promover la acción de hábeas corpus ..	1226



	Pág.
411. Declaración de inconstitucionalidad y actuación de oficio .....	1227
412. Recurso extraordinario .....	1228
413. Regulación legislativa del recurso extraordinario .....	1232
414. Requisitos del recurso extraordinario .....	1235
415. Requisitos comunes .....	1235
416. Cuestión federal .....	1238
417. Relación directa de la cuestión federal .....	1241
418. Resolución contraria al derecho federal invocado .....	1242
419. Sentencia definitiva .....	1242
420. Tribunal superior de la causa .....	1243
421. Sentencia arbitraria .....	1245
422. Gravedad institucional .....	1249
423. Acción de inconstitucionalidad .....	1250
424. <i>Certiorari</i> .....	1253
425. <i>Per saltum</i> .....	1256
426. <i>Amicus curiae</i> .....	1264

## CAPÍTULO XI

### LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES

427. Estado de sitio .....	1269
428. Causales del estado de sitio .....	1272
429. Competencia para declarar el estado de sitio .....	1274
430. Duración del estado de sitio .....	1276
431. Efectos de la declaración del estado de sitio .....	1277
432. Suspensión amplia .....	1278
433. Suspensión limitada a las potestades individuales .....	1278
434. Suspensión condicionada a los fines del estado de sitio.	1280
435. Suspensión de las garantías de la libertad ambulatoria...	1281
436. Derechos y garantías que no se suspenden .....	1285
437. Control de razonabilidad .....	1287
438. Arresto y traslado de personas .....	1289
439. Derecho de opción .....	1291

	Pág.
440. Intervención federal .....	1293
441. Antecedentes .....	1294
442. Regulación constitucional .....	1299
443. Causales de intervención federal .....	1300
444. Autoridad provincial habilitada para requerir la intervención .....	1303
445. Organo competente para declarar la intervención .....	1304
446. Alcances y efectos de la intervención federal .....	1307
447. Emergencia y orden constitucional .....	1313
448. Estado de asamblea .....	1315
449. Ley marcial .....	1316
450. Régimen de emergencia y facultades extraordinarias ....	1319
451. Emergencia económica .....	1322
452. El orden constitucional .....	1337
453. Los actos de fuerza .....	1341
454. Consecuencias de los actos de fuerza .....	1342
455. El derecho de resistencia .....	1343
456. Delitos contra el Estado .....	1346
457. Etica pública .....	1347
458. Ley Nacional de Etica Pública .....	1350

## CAPÍTULO XII

### PODER LEGISLATIVO

459. Funciones del Congreso .....	1355
460. Organización del Congreso .....	1359
461. Actuación de las Cámaras del Congreso .....	1361
462. Atribuciones de la Cámara de Diputados .....	1362
463. Atribuciones de la Cámara de Senadores .....	1364
464. Composición de la Cámara de Diputados .....	1365
465. Sistema electoral .....	1366
466. Diputados suplentes .....	1367
467. Número de miembros de la Cámara de Diputados .....	1371

	Pág.
468. Condiciones para ser diputado .....	1375
469. Duración del mandato y renovación de la Cámara de Diputados .....	1378
470. Composición de la Cámara de Senadores .....	1379
471. Sistema electoral .....	1380
472. Senadores suplentes .....	1382
473. Número de miembros de la Cámara de Senadores .....	1382
474. Condiciones para ser elegido senador .....	1383
475. Duración del mandato y renovación de la Cámara de Senadores .....	1385
476. Presidencia del Senado .....	1387
477. Condiciones, inhabilidades e incompatibilidades congresuales .....	1388
478. Condiciones para ser legislador .....	1390
479. Inhabilidades .....	1391
480. Incompatibilidades constitucionales .....	1394
481. Incompatibilidades legales y éticas .....	1401
482. Prerrogativas congresuales .....	1402
483. Juicio de las elecciones .....	1405
484. Ética y solución de conflictos electorales .....	1417
485. Reglamento interno .....	1432
486. Comisiones internas .....	1433
487. Potestades disciplinarias .....	1435
488. Potestad disciplinaria sobre los legisladores .....	1436
489. Desacato congresual .....	1437
490. Pedido de informes al Poder Ejecutivo .....	1447
491. Remuneración de los legisladores .....	1449
492. Inmunidad por las expresiones .....	1450
493. Inmunidad de arresto .....	1453
494. Suspensión parcial del proceso penal .....	1457
495. El desafuero .....	1459
496. La ley de fueros .....	1461
497. Las sesiones del Congreso .....	1462
498. Sesiones preparatorias .....	1463

	Pág.
499. Sesiones ordinarias .....	1465
500. Sesiones de prórroga .....	1466
501. Sesiones extraordinarias .....	1468
502. Publicidad de las sesiones .....	1470
503. Quórum y régimen de mayorías .....	1471
504. Mayorías especiales sobre la totalidad de los presentes.	1473
505. Mayoría absoluta sobre la totalidad de los miembros existentes .....	1474
506. Mayoría especial sobre la totalidad de los miembros exis- tentes .....	1476

### CAPÍTULO XIII

#### LA ACTIVIDAD DEL CONGRESO

507. Sanción de las leyes .....	1477
508. Promulgación y publicación de las leyes .....	1482
509. El veto del Poder Ejecutivo .....	1483
510. El veto y la promulgación parcial de las leyes .....	1484
511. Nulidad de las leyes .....	1489
512. Delegación de facultades legislativas .....	1492
513. Límites de la delegación de facultades legislativas .....	1496
514. Actos legislativos de los gobiernos de facto .....	1508
515. Atribuciones del Congreso .....	1518
516. Atribuciones jurídicas .....	1519
517. Leyes federales y de derecho común .....	1519
518. Igualdad y privilegios .....	1525
519. Establecimientos de utilidad nacional .....	1526
520. Poderes implícitos .....	1528
521. Atribuciones económicas y financieras .....	1529
522. Integración del Tesoro nacional .....	1529
523. Aduana y libertad de circulación .....	1531
524. Navegación y habilitación de puertos .....	1533
525. Poder impositivo y coparticipación .....	1537
526. Empréstitos y deuda pública .....	1540

	Pág.
527. Bienes de propiedad nacional .....	1542
528. Moneda y régimen bancario .....	1543
529. Ley de presupuesto .....	1546
530. Subsidios a las provincias .....	1548
531. Regulación del comercio .....	1549
532. Regulación del correo .....	1551
533. Atribuciones de política internacional .....	1551
534. Atribuciones de seguridad nacional .....	1553
535. Derechos de los pueblos indígenas .....	1557
536. Cláusula del progreso .....	1558
537. Educación .....	1561
538. Autonomía universitaria .....	1564
539. Protección de la cultura y el pluralismo .....	1570
540. Atribuciones de organización .....	1571
541. Amnistías generales .....	1572
542. Renuncia del presidente o vicepresidente .....	1579
543. Función preconstituyente .....	1579
544. Comisiones investigadoras .....	1581
545. Límites del poder de investigación .....	1587
546. Atribuciones de control .....	1593
547. Auditoría General de la Nación .....	1593
548. El Defensor del Pueblo .....	1595
549. El juicio político .....	1602
550. El eslabón perdido .....	1629

#### CAPÍTULO XIV

#### PODER EJECUTIVO

551. La función ejecutiva .....	1631
552. Sistemas de organización del Poder Ejecutivo .....	1635
553. Presidencialismo .....	1635
554. Parlamentarismo .....	1638
555. Gobierno de asamblea .....	1643
556. El sistema presidencialista argentino .....	1644
557. Elección presidencial .....	1651

	Pág.
558. Elección presidencial en la Constitución .....	1654
559. Condiciones de elegibilidad .....	1658
560. Remuneración e incompatibilidades .....	1662
561. Duración del mandato y reelección presidencial .....	1663
562. Acefalía del Poder Ejecutivo .....	1668
563. El Vicepresidente de la Nación .....	1677
564. La institución ministerial .....	1680
565. Integración de los ministros en el órgano ejecutivo .....	1682
566. Divisiones ministeriales .....	1685
567. Designación y remoción de los ministros .....	1689
568. Incompatibilidades .....	1694
569. Funciones ministeriales .....	1694
570. Control del presidente .....	1695
571. Colaboración y asesoramiento .....	1696
572. Resoluciones administrativas .....	1696
573. Representación ante el Congreso .....	1697
574. El jefe de gabinete .....	1701
575. Atribuciones del Poder Ejecutivo .....	1705
576. Atribuciones administrativas .....	1705
577. Atribuciones reglamentarias .....	1706
578. Atribuciones colegislativas .....	1707
579. Veto y promulgación parcial de las leyes .....	1708
580. Decretos de necesidad y urgencia .....	1709
581. Delegación de facultades legislativas .....	1722
582. Nombramiento de funcionarios .....	1723
583. Atribuciones en materia de garantías institucionales .....	1726
584. Indulto y conmutación de penas .....	1727
585. Relaciones internacionales .....	1733
586. Atribuciones militares .....	1736

#### CAPÍTULO XV

#### PODER JUDICIAL

587. Función jurisdiccional .....	1741
588. Tribunales administrativos .....	1747

	Pág.
589. Arbitraje .....	1751
590. Estructura del Poder Judicial .....	1754
591. Competencia de la justicia federal .....	1756
592. Competencia de la Corte Suprema de Justicia .....	1760
593. Competencia originaria .....	1761
594. Inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero .....	1766
595. Competencia apelada .....	1768
596. Conflictos interprovinciales .....	1770
597. Titularidad del Poder Judicial .....	1773
598. La Corte Suprema de Justicia .....	1775
599. Condiciones e incompatibilidades .....	1777
600. Nombramiento y remoción de los jueces .....	1779
601. Jueces de la Corte Suprema de Justicia .....	1780
602. Número de jueces de la Corte Suprema de Justicia .....	1781
603. División de la Corte Suprema en salas .....	1783
604. Presidencia de la Corte Suprema de Justicia .....	1783
605. Conjuces de la Corte Suprema de Justicia .....	1784
606. Vicisitudes de la Corte Suprema de Justicia .....	1785
607. Jueces de los tribunales inferiores de la Nación .....	1795
608. Subrogancias judiciales .....	1799
609. Independencia del Poder Judicial .....	1817
610. Inamovilidad de los jueces .....	1818
611. Compensación económica .....	1825
612. Los jueces y el impuesto a las ganancias .....	1830
613. Otras garantías .....	1836
614. Defensa atenuada del honor de los jueces .....	1837
615. Publicidad de los actos judiciales .....	1845
616. Potestades disciplinarias .....	1848
617. El juicio por jurados .....	1852
618. Consejo de la Magistratura .....	1859
619. Composición del Consejo de la Magistratura .....	1864
620. Atribuciones del Consejo de la Magistratura .....	1866
621. Atribuciones administrativas .....	1867
622. Selección de candidatos para cargos judiciales .....	1870

	Pág.
623. Sanciones disciplinarias .....	1872
624. Remoción de los jueces .....	1873
625. Jurado de enjuiciamiento .....	1875
626. Valoración del Consejo de la Magistratura .....	1879
627. Ministerio Público .....	1891

### APÉNDICE

Constitución de la Nación Argentina .....	1899
---	------

#### TRATADOS Y CONVENCIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.	1930
Declaración Universal de Derechos Humanos .....	1937
Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23.054) .....	1942
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo (Ley 23.313) .....	1967
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Decreto-Ley 6286/1956) .....	2001
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Ley 17.722) .....	2007
Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Ley 23.179) .....	2022
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Ley 23.338) .....	2035
Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849) .....	2050
Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Ley 24.556) .....	2072



---

	Pág.
Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Ley 24.584).	2079
INDICE TEMÁTICO .....	2085
BIBLIOGRAFÍA .....	2117

## CAPÍTULO I

# DERECHO CONSTITUCIONAL

### 1. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Para aproximarnos a un concepto preciso del Derecho Constitucional, podemos destacar que es una disciplina científica que, como parte integrante de la Ciencia Política, tiene por objeto el estudio y la sistematización en un ordenamiento jurídico de las relaciones de poder, que se expresan en el ámbito de una organización política global.

El análisis científico se efectúa con un criterio esencialmente dinámico y realista. En él se conjugan, tanto los aspectos reguladores de la conducta humana que emanan de las normas jurídicas positivas calificadas como fundamentales, y que condicionan la validez del ordenamiento jurídico, como los aspectos provenientes de la realidad social que son generados por el funcionamiento efectivo de las instituciones políticas y sociales, aunque no estén incorporadas a un texto normativo llamado constitución.

El Derecho Constitucional no es propiamente una ciencia, sino una disciplina autónoma que es parte orgánica de la Ciencia Política. El objeto de esta última es el poder político, concebido como una energía que produce la suprema relación de mando y obediencia en el seno de una sociedad, y al cual quedan subordinados los restantes poderes sociales, tales como el poder militar, religioso, familiar, gremial, empresarial o económico.

Se trata de una definición que no disfruta de una aceptación unánime, aunque consideramos que es la que más se aproxima para la determinación de su contenido y objetivos.

Su contenido son las relaciones políticas, tanto de carácter agonal como arquitectónico; de conquista del poder como las destinadas a modelar las instituciones.

Su objeto o finalidad reside en ofrecer un conocimiento objetivo sobre tales relaciones, desprovisto de toda connotación subjetiva que pudiera estar forjada por un preconcepto o una idea preconcebida (1). Conocimiento objetivo que debe ser esencialmente práctico, y no teórico (2), desconectado de la realidad o basado sobre la emisión de juicios de valor encubiertos por una fachada científica.

Ese poder político también determina el contenido del Derecho Constitucional, aunque sin que se extienda a toda la amplia gama de manifestaciones del mismo. Se limita al análisis de ciertos fenómenos del poder político en sus proyecciones institucionales, jurídicas y sociales.

Así, en parte, su objeto consiste en el estudio, descripción, análisis y sistematización de los fenómenos del poder sujetos a una regulación normativa suprema que gravitan decisivamente sobre el funcionamiento de un sistema político.

Pero su ámbito no se agota con el análisis normativo. Además de ocuparse del orden constitucional, se extiende a su análisis comparativo con el orden político (3), aunque prescindiendo de la consideración científica de los factores que determinan el comportamiento político cuando ellos están sujetos al estudio de otras disciplinas de la Ciencia Política de cuyos resultados, de todas maneras, se nutre el Derecho Constitucional como consecuencia de la interdependencia científica.

La unidad de análisis del Derecho Constitucional supera el contenido asignado a un documento jurídico básico conocido con el nombre de constitución y que, por obra de un enfoque normativo positivo, permite calificar la validez formal y sustancial de las normas reglamentarias del texto constitucional.

Ese contenido del Derecho Constitucional excede el marco puramente jurídico, abarcando tres aspectos resultantes de la manifestación del poder político:

- 1) La regulación normativa del comportamiento social de los destinatarios del poder y los límites del poder ordenador.
- 2) La estructura del poder de la organización política global que posibilita su tipificación formal.

---

(1) MARIO JUSTO LÓPEZ, *Introducción a los Estudios Políticos*, t. I, p. 97, Ed. Kapeluz, Buenos Aires 1969.

(2) KARL W. DEUTSCH, *Política y gobierno*, p. 19, Fondo de Cultura Económica, México 1976.

(3) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. III, p. 10, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires 1976.

- 3) La organización del poder en la sociedad política global, particularmente el Estado, mediante la distribución de su ejercicio entre los organismos gubernamentales y las fuerzas políticas.

La inserción de ese contenido en la realidad política, presupone el conocimiento necesario de la idea política dominante y de las bases doctrinarias del sistema, el funcionamiento de los poderes de hecho y la relación de concordancia o discordancia existente entre el orden político y el orden constitucional normativo.

El concepto y contenido que le asignamos al Derecho Constitucional estuvo presente en los orígenes de nuestra disciplina. Así, la denominación *Derecho Constitucional*, su desenvolvimiento como disciplina autónoma y su contenido axiológico determinado por la libertad y dignidad del hombre tuvieron, como punto de partida, la difusión experimentada por el movimiento constitucionalista durante la segunda mitad del siglo XVIII.

Fue en ese momento cuando se procedió a sancionar las primeras constituciones modernas, bajo la forma orgánica de documentos jurídicos básicos de una sociedad estatal, destinados a fijar los límites para el ejercicio del poder con el propósito de preservar los derechos naturales del hombre, su libertad y su dignidad.

Si bien la cuna del movimiento constitucionalista y de la primera constitución moderna no la hallamos en Francia, es indudable que el movimiento revolucionario francés de fines del siglo XVIII, que dio origen a varios textos constitucionales basados sucesivamente sobre las ideas expuestas por Montesquieu, Rousseau y Sieyès, fue el factor desencadenante de los importantes estudios de Derecho Constitucional que se efectuaron en ese país y en otras sociedades políticas europeas.

Así, fue en 1791 cuando la Asamblea Constituyente dispuso que en las facultades de derecho se debía enseñar la Constitución francesa, con el propósito de exponer y difundir sus contenidos, las garantías individuales y las instituciones políticas.

En Francia el Derecho Constitucional recibió diversas denominaciones, tales como *derecho público*, *derecho político* o *derecho político y constitucional* (4). Recién en 1834 fue creada en la Facultad de Derecho de París una cátedra bajo el nombre específico de *Derecho Constitucional*. Esa denominación, que fue mundialmente acep-

---

(4) MARCEL PRÉLOT, *La Ciencia Política*, p. 9, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires 1969.

tada y difundida, fue sustituida, en ese país mediante decreto del 27 de marzo de 1954, por la de *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, al considerarse que era la que mejor se adecuaba al objeto de nuestra disciplina, que no es meramente jurídico sino primordialmente político.

En Inglaterra, y sin mengua del aporte doctrinario y jurisprudencial de Edward Coke para el estudio de las instituciones constitucionales a comienzos del siglo XVII, en 1758 William Blackstone inauguró la cátedra creada en la Universidad de Oxford sobre la Constitución y las leyes de ese país (5). Tales estudios estuvieron desprovistos de una metodología jurídica orgánica y específica, abarcando la exposición global del sistema político. A la preocupación de Coke por desarticular el absolutismo monárquico mediante el control jurisprudencial, Blackstone no solamente propiciaba el análisis del orden jurídico vigente sino también de los fenómenos políticos. El enfoque asignado a la disciplina, al no ceñirse al marco jurídico de manera excluyente, fue sumamente positivo para su desenvolvimiento dinámico y acorde con la realidad política.

En la generalidad de los casos, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos de América, se procuró desligar la denominación de nuestra disciplina de todo matiz jurídico. Se entendía, y se entiende, que el Derecho Constitucional no se limita al estudio de las leyes escritas en un documento jurídico básico que, como tal, solamente constituye una parte ínfima de los fenómenos del poder que conforman un sistema político. Es así que, al margen de las obras que analizan la constitución jurídica y su interpretación jurisprudencial, se prefirió acudir a denominaciones tales como "*gobierno y administración*", "*poderes del gobierno*", "*proceso gubernamental*" o "*elementos del gobierno*", destacando el carácter dinámico del fenómeno constitucional.

En los Estados Unidos de América, a partir de 1778, comenzaron a organizarse en sus colegios y universidades cursos sobre las constituciones utilizando, con frecuencia, las ideas expuestas por Hamilton, Madison y Jay en "*El Federalista*"; Obra que, en 1823, fue complementada por John Story en su cátedra de la Universidad de Harvard y, con mayor intensidad científica, por Francis Lieber quien, desde 1875, tuvo a su cargo la cátedra de historia y ciencia política en la Universidad de Columbia. También merece ser destacada la obra de John Burgess, quien sucedió a Lieber en la cátedra de la Univer-

---

(5) JORGE AJA ESPIL, *En los orígenes de la tratadística constitucional*, p. 53, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1968.

sidad de Columbia fomentando el estudio de la Ciencia Política. Burgess también tuvo a su cargo la cátedra en el Amherst College de Massachusetts que, en el siglo XX, fue ejercida por Karl Loewenstein, quizás el constitucionalista más distinguido de esa centuria por sus novedosos aportes al estudio del Derecho Constitucional. Cabe destacar que las obras de los tratadistas de ese país, tales como Thomas Cooley, John Tucker y Joel Tiffany gravitaron sobre nuestros constitucionalistas, a igual que la de Story, a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX.

En el ocaso del siglo XVIII, la proyección del movimiento revolucionario francés en el norte de Italia desembocó en la sanción de textos constitucionales inspirados en las leyes fundamentales de aquel país, que fueron estudiados en las primeras cátedras de Derecho Constitucional creadas en Ferrara (1797), Pavia y Bolonia (6).

Ellas fueron establecidas, bajo la influencia francesa, con el objeto primordial de exponer las teorías sobre las cuales se fundan los derechos naturales del hombre, la organización de la sociedad política, los poderes del Estado y su distribución a los fines del ejercicio, así como también el significado de las flamantes normas constitucionales.

Una situación similar se produjo en España con la sanción de la Constitución de Cádiz de 1812, que tuvo relevante gravitación sobre el movimiento constitucionalista hispano americano (7). Precisamente las primeras cátedras españolas de Derecho Constitucional fueron creadas en Valencia (1813) y Madrid (1814) para dar cumplimiento a la disposición contenida en el artículo 368 de la Constitución gaditana, que decía: *"El plan general de enseñanza será uniforme en todo el reino. En todas las universidades y establecimientos de instrucción cívica, donde se enseñen las ciencias políticas y eclesiásticas, se dará preferencia al estudio de la Constitución política"*.

En sus orígenes, la enseñanza del Derecho Constitucional en España respondió exclusivamente al propósito de fomentar la instrucción política, para expandir las ideas democráticas y su sistematización. Se prescindió de toda finalidad científica o técnico jurídica (8),

---

(6) MASSIMO PALMERINI, *Introducciones allo studio del Diritto Costituzionale*, p. 40, Edizioni dell 'Ateno, 1947.

(7) EDUARDO MARTIRÉ, *Proyección del liberalismo gaditano en los países de América*, p. 698, en "Las Cortes de Castilla y León, 1188-1988", Ed. Cortes de Castilla y León, Valladolid 1990.

(8) LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Las primeras cátedras españolas de Derecho Constitucional*, p. 157, Revista de Estudios Políticos N° 126, Madrid 1962.

las cuales fueron incorporadas a los planes de estudio del derecho público y administrativo recién en 1833 y 1847.

Si bien los orígenes de la historia, aunque no de la prehistoria, del Derecho Constitucional aparecen estrechamente ligados con la sanción de los primeros textos constitucionales modernos, el contenido de la disciplina no estuvo determinado por la aplicación excluyente o dominante de un enfoque jurídico positivista como el propiciado por algunos autores alemanes del siglo XIX. Debemos admitir que fue el movimiento constitucionalista, de remotos orígenes, quien contribuyó decisivamente en la conformación científica de nuestra disciplina con matices políticos y no solamente jurídicos.

## 2. CONCEPTO TRADICIONAL

El desenvolvimiento del Derecho Constitucional como disciplina estrictamente jurídica, desprovisto de toda consideración filosófica, política, histórica y sociológica, tuvo su expresión más significativa en Alemania, a partir de mediados del siglo XIX, ejerciendo una influencia decisiva sobre la evolución de los estudios constitucionales operada en otros países, particularmente en España e Italia, y hasta bien avanzado el siglo XX. Su gravitación no se limitó al continente europeo, proyectándose sobre los analistas del Derecho Constitucional en los países de América latina.

Bajo los auspicios de figuras relevantes del pensamiento, tales como Gerber, Laband y Jellinek, la enseñanza del Derecho Constitucional comenzó a ser sistematizada sobre la base de la aplicación excluyente de un enfoque jurídico positivista, y considerando al Estado como única unidad válida para el análisis científico. El Derecho Constitucional fue entendido como una disciplina que se agotaba con el estudio y la descripción de la constitución jurídica, y el ámbito para el análisis de los fenómenos constitucionales fue limitado al Estado.

Por obra de la escuela alemana, cuya gravitación científica se proyectó hasta mediados del siglo XX (9), fueron elaboradas las definiciones clásicas del Derecho Constitucional.

Nos era presentado como la disciplina autónoma que se ocupaba de estudiar el conjunto de las normas fundamentales positivas expuestas en una constitución, de las cuales dependía la validez for-

---

(9) CARLOS LAVAGNA, *Diritto Costituzionale*, p. 46, Milán 1957.

mal y sustancial de las restantes normas incorporadas al ordenamiento jurídico estatal, o como la disciplina que estudiaba las relaciones del poder político y las facultades normativas de los órganos del gobierno, estableciendo las normas positivas fundamentales que regulaban la convivencia social.

En definitiva, el Derecho Constitucional aparecía forjado como una disciplina exclusivamente jurídica que estudiaba los fenómenos normativos de manera abstracta y con referencia al deber ser jurídico del derecho positivo vigente en un Estado (10).

El Derecho Constitucional se definía como el derecho de la constitución jurídica de un país. Como la disciplina que estudiaba la constitución jurídica de un Estado, dejando al margen los factores no jurídicos que gravitan sobre el comportamiento social y sobre el contenido que se le asigne a las normas.

El concepto del Derecho Constitucional varía en función del enfoque metodológico que se aplique para su determinación. Otro tanto acontece con su contenido. Si bien el surgimiento del Derecho Constitucional como disciplina autónoma fue impulsado por la difusión del movimiento constitucionalista, y en particular por la sanción de los primeros textos constitucionales modernos, originariamente su ámbito no fue limitado a la simple consideración de las normas jurídicas fundamentales.

Esto último fue consecuencia ulterior de la aplicación excluyente del enfoque jurídico que, con el propósito de encauzar los estudios en un ámbito científico no valorativo, impuso un rigor metodológico tal que no admitía la contribución de los aportes provenientes de la interdependencia científica. La lógica jurídica resultaba autosuficiente para describir la realidad.

Siguiendo los lineamientos clásicos del enfoque jurídico que presidió los estudios de nuestra disciplina hasta bien avanzado el siglo XX, el Derecho Constitucional fue definido como el conjunto de normas jurídicas fundamentales debidamente sistematizadas y expuestas en un documento constitucional, de las cuales depende la validez de todo el ordenamiento jurídico regulador del comportamiento humano en una sociedad estatal.

El Derecho Constitucional nos era presentado como una disciplina esencialmente jurídica, cuyo objeto se limitaba a la consideración de las normas positivas básicas, constitutivas y reguladoras del

---

(10) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. II, p. 51, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires 1977/1988.



Estado y el gobierno. En algunos casos se llegaba al extremo de identificar el concepto de Derecho Constitucional con el concepto de constitución.

Fue así que, en el vasto universo del derecho, el análisis se reducía a las normas fundamentales que regulan la estructura, atribuciones y funciones de los órganos del gobierno, como también a las que prevén las soluciones aplicables en las relaciones que se operan entre ellos y los destinatarios del poder político.

En síntesis, el Derecho Constitucional era la rama de la ciencia jurídica cuyo objeto residía en el estudio de la constitución jurídica y la integración y funcionamiento de los gobiernos (11). No se lo concebía como una disciplina integrante de la Ciencia Política, sino como un apéndice de los estudios jurídicos.

Limitar el contenido del Derecho Constitucional al texto de la constitución formal, identificando ambos conceptos, no configura un enfoque totalmente incorrecto. Sin embargo, su aplicación excluyente trae aparejado un conocimiento incompleto al asignar a nuestra disciplina una connotación meramente teórica desconectada de la realidad política y de las instituciones que conforman el sistema político.

El enfoque jurídico fue una contribución muy importante para encuadrar el análisis de los fenómenos constitucionales en un ámbito científico. Pero el enfoque jurídico es incompleto porque concentra su análisis en el marco de las normas positivas fundamentales, con prescindencia de la gravitación decisiva que ejercen los elementos reales del poder político en un proceso social esencialmente dinámico. Es que el Derecho Constitucional, concebido como conjunto de normas jurídicas fundamentales, abarca la constitución y las leyes institucionales básicas dictadas en su consecuencia, pero como disciplina científica se extiende al estudio de los fenómenos del poder que configuran la esencia institucional de un sistema político conforme a la idea dominante en cada sociedad. No se limita al análisis del "deber ser" normativo.

El concepto clásico del Derecho Constitucional, además de ceñirse rigurosamente al enfoque jurídico, presentaba al Estado como única unidad de análisis para los fenómenos constitucionales. Esta nueva limitación, al excluir otros modelos de organizaciones políticas globales, restringía considerablemente la proyección histórica e internacional de los estudios, ofreciendo una visión parcializada de

---

(11) JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, p. 34, Ed. Estrada, Buenos Aires 1983.

la materia constitucional. El proceso de integración o globalización, que se comenzó a desarrollar en el siglo XX, mal podía ser abarcado mediante un enfoque jurídico del Derecho Constitucional circunscrito a las fronteras de un Estado. El concepto absoluto del poder soberano del siglo XIX, colisionaba con el concepto relativo que comenzó a ser esbozado a mediados del siglo XX.

El Estado, como modelo de organización política global, es un tipo histórico surgido a fines del siglo XV que, a las tres condiciones o presupuestos comunes para la existencia de toda organización política (12) —poder, territorio y población—, agrega dos requisitos específicos que son la comunidad nacional (13) y la institucionalización del poder (14).

El poder político es la energía o fuerza generadora de una relación de mando y obediencia suprema, inevitable, dominante, coactiva, impersonal y soberana, que se establece entre sus detentadores y sus destinatarios para concretar la organización política y la convivencia social armónica.

El territorio es el ámbito físico sobre el cual se extiende efectivamente el poder político de una organización global sin condicionamiento externo alguno.

La población es el elemento humano cuyo comportamiento origina el poder de la organización global y sobre el cual se aplica ese poder.

Tales condiciones son comunes a todo tipo de organización política global, ya se trate de una unión real, una unión personal, una alianza o liga de organizaciones políticas, un imperio, una confederación, un estado —ya sea en su forma unitaria o federal—, una organización internacional o supranacional. Pero en el caso específico del Estado, se añaden dos condiciones especiales cuya presencia conjunta no se verifica en otras organizaciones políticas globales. Se trata de la comunidad nacional, como modalidad específica bajo la cual se manifiesta el elemento humano de la organización, y la institucionalización del poder como consecuencia de una idea política dominante que atribuye la titularidad del poder, en orden a su radicación y ejercicio, a una institución y no a una persona física.

---

(12) HERMAN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 160 y sigte., Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1968.

(13) GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, t. II, p. 128, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1949.

(14) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. I, p. 76, ob. cit.

Concentrar el estudio de los fenómenos constitucionales al ámbito estatal importa desconocer su proyección sobre las organizaciones políticas globales que no son estados. Especialmente, respecto de algunas que están en vías de gestación en el marco internacional y cuyo desarrollo supera las conclusiones elaboradas por la teoría del estado, ofreciendo nuevos modelos de organización para la convivencia social y política.

### 3. CONCEPTO MODERNO

La intensa evolución operada en el campo de la Ciencia Política y del Derecho Constitucional, pone de manifiesto que la aplicación exclusiva del enfoque tradicional reduce sensiblemente el acceso a un conocimiento pleno del fenómeno constitucional, y que su carácter estático impide el análisis de múltiples facetas que son planteadas por el dinamismo de la vida política.

Sin embargo, la insuficiencia que presenta el enfoque clásico del Derecho Constitucional, no significa que deba ser desestimado, ni que el estudio de los fenómenos constitucionales pueda desenvolverse científicamente prescindiendo del derecho positivo.

El derecho positivo es un conjunto de normas que regulan el comportamiento social de los individuos, de los grupos sociales y de las instituciones. Genéricamente, constituye un ordenamiento jurídico que está compuesto por normas de conducta y por normas de organización.

Las primeras describen los comportamientos que pueden o deben adoptar las personas en las relaciones sociales, reconociendo y precisando sus derechos y disponiendo cuáles son sus obligaciones. Las segundas prescriben la integración y composición de los órganos del poder, así como también las condiciones, formas y procedimientos que se deben cumplir para la formulación de las normas de conducta.

En su relación con las disciplinas jurídicas, el Derecho Constitucional está integrado tanto por normas de conducta como por normas de organización. Ello se advierte en todo tipo de sistema político, ya sea democrático constitucional o autoritario.

En el Derecho Constitucional democrático, las normas de organización están al servicio de las normas de conducta, mientras que en el Derecho Constitucional autoritario las normas de conducta están al servicio de las normas de organización. Pero como el fenómeno constitucional trasciende el marco puramente jurídico debido

a la compleja interacción de individuos, grupos sociales e instituciones, el Derecho Constitucional moderno abarca, no solamente las normas positivas que determinan la estructura formal de un sistema político en orden a las conductas y la organización, sino también las instituciones políticas que pueden o no estar previstas en el documento jurídico fundamental que es la constitución.

Sobre tal base, el contenido del Derecho Constitucional puede ser agrupado en tres unidades de análisis inseparables para la formulación de conclusiones realistas:

- 1) Las normas jurídicas que conforman el orden constitucional y que, en su detalle, pueden o no estar orgánicamente comprendidas en el texto de la constitución.
- 2) La realidad u orden político resultante del comportamiento social determinado por la acción de los individuos, fuerzas políticas e instituciones.
- 3) El análisis comparativo entre el orden constitucional previsto por la norma jurídica y el orden político generado por normas y conductas que tipifican a un sistema político.

Es indudable que la constitución y las leyes constitucionales ocupan un espacio relevante en el Derecho Constitucional. Pero no siempre la realidad política presenta las características y modalidades que impone el ordenamiento jurídico, pudiendo apartarse, total o parcialmente, del modelo establecido por el orden constitucional. No por ello estaremos al margen de un fenómeno constitucional que, como tal, merece ser estudiado por nuestra disciplina.

Circunscribir los estudios constitucionales al marco jurídico puede conducir a la formulación de conclusiones teóricamente válidas pero carentes de sustento y utilidad prácticas. La ruptura del orden constitucional, los gobiernos y funcionarios de facto, los grupos de presión, los grupos de opinión, los poderes de hecho, los partidos políticos, los sistemas electorales, la regulación de ciertos derechos o bajo determinadas condiciones, son solamente algunos de los fenómenos políticos que gravitan sobre el proceso constitucional, sin estar necesariamente previstos por la norma jurídica fundamental o sin estar previstos por la ley con las características bajo las cuales se manifiestan.

Sin embargo, como el Derecho Constitucional engloba a las normas constitucionales y a las instituciones políticas (15), estén o no

---

(15) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. I, p. 233, ob. cit.

formuladas en el texto de la constitución, las conclusiones que puedan resultar del estudio de nuestra disciplina no serán extrañas para el sistema político caracterizado por una idea política dominante, permitiendo efectuar una interpretación realista del ordenamiento constitucional que haga posible la precisión científica de su significado y alcance (16).

Conforme a este enfoque, podemos definir al Derecho Constitucional como aquella disciplina, integrante de la Ciencia Política, que aborda el análisis del orden político y del orden normativo fundamental con el objeto de forjar, sobre la base de la idea política dominante, una organización global estable, perdurable y acorde con los axiomas imperantes en una sociedad.

#### 4. FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Se denominan *fuentes del Derecho Constitucional* a los diversos modos, formas o factores que determinan los contenidos de esa disciplina. Contenidos, cuyo análisis científico permite forjar leyes de igual naturaleza como conclusión de una labor intelectual pragmática y no especulativa.

Las fuentes del Derecho Constitucional abarcan, tanto los procedimientos que permiten la manifestación o exteriorización de tales contenidos, como los factores sociales, políticos, económicos e históricos que perfilan la conformación de estos últimos.

Las primeras, son las fuentes formales del Derecho Constitucional. Las segundas son las fuentes materiales.

Entre el Derecho Constitucional y sus fuentes existe una estrecha interrelación. Las fuentes determinan los contenidos de la disciplina, pero éstos, a su vez, influyen sobre las modalidades y directrices bajo las cuales se manifiestan aquéllas. Así, las constituciones son la fuente primaria del Derecho Constitucional. Pero, simultáneamente, los contenidos preexistentes de la disciplina y el orden político que gravitan decisivamente sobre la conformación de las constituciones.

Las fuentes del Derecho Constitucional, tanto en su aspecto formal como material, se dividen en fuentes directas o indirectas. En las

---

(16) Para el análisis de la evolución de los contenidos del Derecho Constitucional resulta de gran valor la investigación realizada por HÉCTOR J. TANZI, *La enseñanza del Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires*, Revista de Historia del Derecho "Ricardo Levene" N° 31, Buenos Aires 1995.

primeras, se advierte una relación inmediata con los contenidos de la disciplina. En las segundas, la relación se concreta por su conexión con las fuentes directas, que se nutren de su esencia a través de la investigación e interpretación.

Son fuentes directas o inmediatas, la constitución, las leyes institucionales y la costumbre. Son fuentes indirectas o mediatas, la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado.

## 5. LA CONSTITUCIÓN

La constitución, como documento jurídico en el cual son expuestos de manera orgánica los principios fundamentales del ordenamiento normativo de una organización política global, es la más importante de las fuentes del Derecho Constitucional.

Si bien se trata de un documento jurídico, su comprensión no puede prescindir de los valores institucionales y simbólicos o sociológicos que conforman el concepto de constitución.

Ella es un documento jurídico, pero también un instrumento de gobierno para concretar los grandes fines que determinaron la concreción de cierta unidad nacional y el destino que fue bosquejado para el desarrollo de la comunidad.

En ella, solamente son sistematizados de manera genérica los preceptos básicos que prescriben las normas reguladoras de la conducta social y las referentes a la organización del poder.

Considerando el dinamismo de la vida social, resulta imposible que las normas jurídicas prevean, en detalle, todos los aspectos de aquella.

Asimismo, en el caso de las constituciones, para preservar su perdurabilidad, es inconveniente la inserción de normas específicas sobre las diversas áreas de la convivencia social o de la estructuración del poder.

El incumplimiento de esa regla determina que, una constitución, al poco tiempo de ser sancionada, se torne inaplicable por haber quedado a la zaga de la realidad social. Tal circunstancia aconseja incorporar a las constituciones solamente los lineamientos generales que reflejen su carácter de instrumento de gobierno y símbolo de la unidad nacional.

Las normas constitucionales, atendiendo a su redacción genérica y flexible, deben ser desarrolladas por la legislación reglamenta-

ria, con el propósito de prever las soluciones y satisfacer las necesidades esencialmente variables de la sociedad.

Estas últimas, que complementan la constitución y se adecuan a ella, no necesariamente son fuentes del Derecho Constitucional. Las que sí revisten esa calidad son las leyes institucionales y ciertos tratados internacionales aprobados por ellas.

La constitución, como documento jurídico, es fuente del Derecho Constitucional y, simultáneamente, producto del mismo. Pero la calificación de fuente, no se limita al aspecto jurídico, al estudio de la norma tal como fue elaborada, sino también a todos los factores sociales, políticos, económicos, históricos y sociológicos que determinaron su formulación.

## 6. LAS LEYES INSTITUCIONALES

La eficacia de una constitución está condicionada, entre otros presupuestos, a que sus normas sean breves, claras, concisas, genéricas y flexibles para permitir su adecuación a los casos particulares mediante la sanción de las leyes reglamentarias.

Pero existen ciertas materias que son esenciales para la configuración del sistema político y cuya concreción el constituyente ha delegado en el legislador. De modo que la materia constitucional no está contenida solamente en la constitución, sino también en aquellas leyes reglamentarias que desarrollan aspectos sustantivos de la organización constitucional genérica y por imposición del propio texto constitucional.

La legislación electoral, la regulación normativa de los partidos políticos; las disposiciones referentes a la acefalía del poder ejecutivo; los reglamentos internos de las Cámaras del Congreso; la ley de organización del Poder Judicial; la ley de ministerios; las leyes reglamentarias de la iniciativa y consulta popular; de las acciones de habeas corpus, amparo y habeas data; de la Auditoría General de la Nación; del Defensor del Pueblo; del Consejo de la Magistratura; y muchas más, reglamentan principios y declaraciones contenidas en el texto constitucional, abarcando aspectos fundamentales referentes a la organización de la sociedad política y de sus instituciones básicas.

Estas disposiciones legales, que pueden merecer el calificativo de *normas constitucionales de segundo grado*, son fuentes directas del Derecho Constitucional, siempre que sean concordantes con el

texto constitucional y que, respetando el principio de la supremacía constitucional, no se aparten de la constitución, limitándose a desarrollar o reglamentar los principios contenidos en ella.

Pero incluso, aunque no se cumpla esta última condición, si bien no podrán ser fuente jurídica formal del ordenamiento normativo constitucional, serán hechos institucionales que contribuirán a determinar el contenido del Derecho Constitucional al tipificar el orden político existente.

En esta categoría genérica cabe incorporar a los tratados y convenciones internacionales, siempre que revistan esa cualidad institucional. Conforme al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, todos los tratados tienen jerarquía superior a las leyes. Pero, a igual que las leyes, no todos los tratados son fuentes del Derecho Constitucional. Solamente presentan esa característica los tratados de integración del art. 75, inc. 24, de la Ley Fundamental y algunas de las cláusulas de los tratados internacionales sobre derechos humanos previstos en el inc. 22.

Así como la formulación de las leyes es un proceso complejo, en la medida que requiere la participación de dos órganos gubernamentales —legislativo y ejecutivo—, también lo es la formulación de los tratados internacionales. Su existencia está condicionada a una previa concertación por el Poder Ejecutivo, a su aprobación por ley del Congreso y a su ratificación internacional por el órgano ejecutivo.

En principio, como todo tratado internacional presupone la asunción de obligaciones por los Estados signatarios, su entrada en vigencia, tanto en el orden interno como externo, requiere de la ratificación efectuada por el órgano ejecutivo. Sin embargo, no existen reparos para que la ley aprobatoria prevea su inmediata vigencia interna, aunque no la tenga en el orden internacional por la ausencia de aquel requisito. En esta hipótesis será opinable si la norma merece la calificación de ley o tratado, pero no cabe negar su carácter de norma jurídica obligatoria. Asimismo, y en caso de mediar la ratificación, la norma no entrará en vigencia si está sujeta al cumplimiento de alguna condición.

## 7. LA COSTUMBRE

La costumbre consiste en una conducta generalizada, constante y uniforme que adoptan los miembros de una sociedad con el convencimiento de que ella responde a una necesidad u obligación que es jurídicamente exigible.



Las conductas que conforman una costumbre son generalizadas cuando su práctica es realizada por el conjunto de los individuos, como acción o reacción racional destinada a satisfacer una necesidad específica. No debe tratarse de un comportamiento reservado a determinados grupos sociales o resistido por otros, sino aceptado por la totalidad de esos grupos sociales inorgánicos.

Tales conductas son constantes cuando se reiteran ininterrumpidamente en el tiempo con igual contenido, efectos y motivaciones. La suspensión, o cesación transitoria de los factores determinantes de un comportamiento, no es suficiente para justificar el desconocimiento de una costumbre.

La uniformidad de las conductas significa que sus contenidos deben ser iguales o similares en todos los casos. Ante la producción de una serie de hechos iguales o similares, el contenido de la acción o reacción que despliegan los grupos sociales también deberá ser igual o similar. La diversidad en el contenido de las conductas revela la inexistencia de una práctica común que se reitera genéricamente en el curso de la vida social.

Para que una práctica común asuma el rol de una costumbre, además de ser generalizada, constante y uniforme, deberá ser considerada como necesaria o inevitable para el logro de un objetivo determinado. Debe responder al imperativo de satisfacer una necesidad que se traduzca en la imposición de la conducta con el carácter de una obligación jurídica.

Las costumbres son usos que se extienden paulatinamente, en forma constante y uniforme, asignando carácter obligatorio a comportamientos que originariamente eran facultativos. Lo que en un momento dado era una conducta facultativa, se transforma en un comportamiento obligatorio impuesto por la norma jurídica gestada por los grupos sociales mediante un accionar generalizado, constante y uniforme.

La costumbre está integrada por dos elementos esenciales, uno de ellos de carácter interno y el otro externo. El material o externo está constituido por la reiteración generalizada en el tiempo de una conducta uniforme. El subjetivo o interno consiste en la convicción colectiva sobre la necesidad del comportamiento adoptado como medio idóneo para satisfacer los derechos del ejecutor y de su obligatoriedad jurídica, a pesar de no estar explícitamente impuesta por la ley.

La convicción colectiva sobre la obligatoriedad de una costumbre, no es suficiente para que ella se torne efectiva jurídicamente.

Los derechos u obligaciones que genera la costumbre tienen fuerza social pero no jurídica. Solamente la adquieren cuando son recepciones por una sentencia judicial o una ley emitida por el Congreso.

## 8. CLASIFICACIÓN DE LAS COSTUMBRES

Teniendo en cuenta sus efectos, las costumbres se dividen en: costumbre interpretativa o *secundum legem*, costumbre supletoria o *praeter legem* y costumbre modificatoria o *contra legem*.

La costumbre constitucional *secundum legem*, tiene como fundamento una disposición constitucional a la cual procura aclarar o complementar, sin apartarse del significado que a esa disposición le acuerda una interpretación teleológica, sistemática o dinámica del texto constitucional. Ella siempre presupone la existencia de una norma constitucional oscura o de dudosa hermenéutica, cuya interpretación se verifica por obra del comportamiento de los grupos sociales. Se trata de la interpretación gestada por esas conductas generalizadas, constantes, uniformes y necesarias, que está dotada de un grado elevado de legitimidad debido al sujeto del cual proviene.

La costumbre supletoria o *praeter legem* es aquella cuyo contenido subsana el silencio o la omisión de la constitución, creando nuevas normas constitucionales o proyectando las existentes, que son aplicables al caso carente de previsión en la ley fundamental.

No integra esta categoría la costumbre supletoria de una ley reglamentaria del texto constitucional que no fue sancionada. En este caso, la costumbre no supe a la Constitución sino a la ley.

En materia constitucional, la costumbre *praeter legem* es improbable cuando la formulación de las normas constitucionales está precedida por una correcta aplicación de las reglas técnicas para la elaboración de las constituciones. En tales casos, los eventuales silencios u omisiones de la constitución se subsanan con la interpretación constitucional o con la costumbre *secundum legem*.

Cuando la redacción de un texto constitucional se adecua rigurosamente a las reglas técnicas que presiden su elaboración, y si a ello se añaden cláusulas genéricas y flexibles como las contenidas en los arts. 14, 19, 28 y 33 de la Constitución Nacional, se limita considerablemente el surgimiento de una costumbre supletoria, por cuanto el aparente silencio u omisión normativa será cubierto mediante la aplicación de las reglas de interpretación constitucional.

De todos modos, frente a una hipótesis real de silencio u omisión constitucional, será aceptable la costumbre supletoria, siempre y cuando su contenido no se oponga al espíritu ni a la letra del texto constitucional.

La costumbre *contra legem* es aquella que modifica o deroga una disposición constitucional. Ella resulta inaceptable en el ámbito de un sistema constitucional de carácter rígido que atribuye el ejercicio de la función constituyente a un órgano determinado. Si la función constituyente y la consecuente reforma constitucional están previstas en la constitución, toda modificación que se introduzca a ella carecerá de validez si se aparta de tales previsiones.

En tal caso no habrá reforma de la constitución, sino ruptura del orden constitucional, producida por su incumplimiento a través del comportamiento social.

La Corte Suprema de Justicia, por decisión mayoritaria (17), tiene resuelto que el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución, cede frente a la costumbre internacional aunque, en el caso concreto, se trate de una costumbre *contra legem*.

No compartimos semejante conclusión. Aceptar que la costumbre internacional *contra legem* es fuente del Derecho Constitucional y modificatoria de la Constitución, importa avalar la perversión constitucional (18). Perversión motivada a menudo por el deseo de imponer una ideología política o la alteración de los valores constitucionales. Bien destaca Friedrich que esto no se debe a que las violaciones sean resultado de una interpretación incorrecta o de una mala interpretación, sino a que tanto la perversión como la violación de una norma constituyen un desafío a su pretendida universalidad. Constituyen excepciones, y todas las excepciones debilitan la fuerza de una norma. En un orden político altamente desarrollado es muy importante que todo cambio de las normas constitucionales sea llevado a cabo por la autoridad concreta que hace las normas según el sistema (19) que, en el caso de ellas, no es el juez ni la costumbre internacional.

En tal sentido se pronunció el 7 de diciembre de 2004 la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires al declarar que las normas consuetudinarias del *ius cogens* que estable-

---

(17) Casos "Arancibia Clavel" (LA LEY, 2004-F, 296 y Fallos CS 327:3312), "Espósito" (LA LEY, 2005-C, 1) y "Simón" (LA LEY, 2005-E, 320).

(18) LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. II, p. 482, Plus Ultra, Buenos Aires 1987.

(19) FRIEDRICH, CARL, *El hombre y el gobierno*, p. 304, Tecnos, Madrid 1968.

cerían, desde tiempo inmemorial, la imprescriptibilidad de ciertos delitos, no tienen validez porque la costumbre, por internacional que sea, no es una fuente del derecho aceptable en materia penal (20).

Asdrúbal Aguiar, ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destaca que si bien la costumbre es fuente de derecho y que, como tal, ha nutrido al Derecho Internacional, debe preservar el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal Internacional. Con referencia al estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, señala que en sus arts. 22 y 23 no sólo reconoció "el principio de legalidad como propio al Derecho Penal Internacional: tanto en el aspecto material de predeterminación normativa (*nullum crimen sine lege*), como en el aspecto formal de la garantía penal (*nullum poena sine lege*)". Añade, comentando los casos "Arancibia Clavel" y "Simón", que ese Estatuto prescribe que "nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor" y que, "de modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena". Para Aguiar, la Corte argentina no aceptó este principio en el caso "Simón", al considerar que las modificaciones que había sufrido el derecho local tornaban imposible invocar la ultractividad de la ley penal más benigna. Criterio que no se compadece con el adoptado por la Comisión de Derecho Internacional al codificar las reglas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos adoptadas por la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas en 2001, donde "consagró una vez más el principio de no retroactividad de las normas internacionales" y que, la propia Comisión tiene resuelto que "Incluso en el caso de que aparezca una nueva norma imperativa de derecho internacional general ... ello no acarrea una asunción retroactiva de responsabilidad. Por tanto, resulta apropiado aplicar el principio intemporal a todas las obligaciones internacionales. Ello no prejuzga la posibilidad de que un Estado pueda convenir, por ejemplo, en indemnizar los daños causados a consecuencia de un comportamiento que no constituía en la época una violación de una obligación internacional en vigor para ese Estado" (21).

---

(20) Este criterio fue expuesto, entre otros, por HORACIO GARCÍA BELSUNCE en *Reflexiones jurídicas en torno de la doctrina de la Corte Suprema en el caso "Arancibia Clavel"*, p. 7 y sigte., Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires 2004.

(21) ASDRÚBAL AGUIAR, *Crímenes de lesa humanidad y coherencia funcional entre el Derecho Internacional y el Derecho del Estado*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires 2005.

Si bien la costumbre, en sus tres variantes, constituye una fuente importante del derecho, su ámbito de gravitación se reduce sensiblemente en materia constitucional.

La presencia de una constitución rígida, como son la inmensa mayoría de las constituciones modernas, que reserva el ejercicio de la función constituyente a un órgano representativo de la sociedad, y que desconoce la validez de toda reforma constitucional efectuada al margen del procedimiento que ella estatuye, descalifica a la costumbre contra *legem* y también a la *praeter legem* cuando su contenido no se compadece con el espíritu de la constitución.

A la primera porque configura una abierta violación de los preceptos constitucionales. A la segunda porque su validez está condicionada a que se identifique con la interpretación constitucional que, como tal, no desemboca en la creación de nuevas normas constitucionales o en la modificación de las existentes, sino en la correcta adecuación o proyección de las disposiciones constitucionales a los nuevos hechos y situaciones generadas por el dinamismo de la vida social.

## 9. JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia, como fuente indirecta del Derecho Constitucional, está representada por las decisiones uniformes y constantes emanadas de los tribunales y, en particular, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre materias de naturaleza constitucional. Los principios asentados en un pronunciamiento judicial aislado no son suficientes para constituir jurisprudencia hasta tanto sean receptados de manera uniforme por los tribunales para resolver casos análogos o similares.

En realidad, mediante la jurisprudencia no se crean normas constitucionales ni se aportan nuevos contenidos a la constitución, sino que son precisados los alcances y significados atribuidos a las cláusulas contenidas en el texto constitucional; otorgando uniformidad y estabilidad a la interpretación constitucional. Ello en modo alguno resiente el valor inapreciable que tiene la labor de los jueces en la custodia del sistema constitucional preservando su vigencia y consolidación mediante la hermenéutica.

Esta función trascendental de la jurisprudencia, que afianza la seguridad jurídica, tuvo importantes y numerosas manifestaciones en nuestro país.

Claros ejemplos de ella se reflejan en la destacada labor pretoriana desarrollada por la Corte Suprema de Justicia en materias de relevante importancia constitucional, tales como la acción de amparo, la acción de habeas data, la ampliación de las causales para la procedencia del recurso extraordinario mediante la inclusión de las hipótesis de arbitrariedad y gravedad institucional, los alcances del derecho de rectificación o respuesta y la reducción de las llamadas cuestiones políticas.

La configuración de la jurisprudencia requiere de decisiones uniformes y constantes emitidas por los tribunales judiciales que generen una doctrina judicial. Pero, la validez de esa doctrina judicial y, por ende, la manifestación jurisprudencial está condicionada a su convalidación por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Con la particularidad de que, producida esa convalidación, la doctrina jurisprudencial resulta, en la práctica, y por razones de economía procesal, vinculante para los jueces inferiores, siempre que no se invoquen hechos o argumentos novedosos que no fueren contemplados por el Alto Tribunal.

En varias oportunidades, la Corte Suprema destacó que los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a lo decidido por aquélla, y que carecen de fundamentación las sentencias de esos tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte, sin aportar nuevos elementos que justifiquen modificar la posición adoptada por el Alto Tribunal (22). Las sentencias de los jueces inferiores deben receptar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, sin mengua de la facultad de expresar su disconformidad con el contenido de ellas.

Pero medien o no esos nuevos elementos, solamente la Corte Suprema de Justicia puede alterar la doctrina jurisprudencial vigente. Doctrina que, con frecuencia, es receptada por el legislador o el constituyente mediante su inserción en las normas jurídicas que emite.

## 10. DOCTRINA

La doctrina, como fuente indirecta del derecho, está compuesta por las opiniones formuladas por los juristas desde la cátedra universitaria, el libro y cualquier medio técnico de comunicación social, con el objeto de determinar el significado de las normas jurídicas

---

(22) Fallos CS 307:1094; 316:221; 321:2294 y 323:555.

existentes y de proyectar nuevas disposiciones legales destinadas a regular, con mayor eficacia, razonabilidad y justicia, las relaciones sociales. En materia constitucional, su ámbito se extiende tanto a la interpretación constitucional como a la construcción teórica de nuevas instituciones.

La importancia y gravitación de la doctrina se basa, fundamentalmente, sobre la jerarquía intelectual de los autores, cuya labor está precedida por una sólida investigación que enriquece los conocimientos jurídicos de quienes son llamados a adoptar una decisión política o judicial.

Por otra parte, es frecuente que los estudios realizados por los juristas no estén motivados por intereses sectoriales o presiones políticas, sino por sus vocaciones científicas que los impulsan a investigar objetivamente y a formular conclusiones integradas por juicios de conocimiento y no de valor.

Esa objetividad acrecienta el prestigio y la influencia que tiene la doctrina sobre legisladores y jueces, quienes con frecuencia refuerzan la solidez de los argumentos que expresan en los fundamentos de las normas legales y sentencias con las opiniones doctrinarias. Otro tanto los convencionales constituyentes en los debates que se suscitan con motivo de una eventual reforma constitucional.

## 11. DERECHO COMPARADO

El derecho comparado, como fuente mediata o indirecta del derecho constitucional, consiste en la descripción y análisis de los ordenamientos jurídicos fundamentales de los países extranjeros y de las organizaciones supranacionales, con el propósito de determinar sus bondades y defectos, y de establecer las concordancias o divergencias que presenten en su análisis comparativo con el derecho local.

Mediante la comparación positiva de las normas constitucionales, se aplica un enfoque científico de investigación que amplía los conocimientos sobre los diversos ordenamientos jurídicos y pone de relieve las tendencias políticas y jurídicas que se advierten en ellos. Sin embargo, la importancia de esa labor y la eficaz gravitación del derecho comparado como fuente indirecta del derecho constitucional, están condicionadas a que la comparación no se limite al texto de las normas sino que se extienda al real funcionamiento de las instituciones, así como también a su interpretación jurisprudencial y doctrinaria.

En el enfoque tradicional, los estudiosos del Derecho Constitucional limitaban su unidad de análisis a las instituciones formales y legales de los Estados, básicamente a la constitución, la organización de los poderes gubernamentales, los sistemas electorales, la regulación de los partidos políticos. Pero este tipo de análisis reviste escasa utilidad en el marco de un proceso político dinámico.

Al concentrar los estudios e investigaciones en los factores formales, se restaba importancia a los factores informales que a menudo deciden el contenido de la organización y de los procesos políticos. Sin embargo, cuando el análisis engloba tanto a los factores formales como a los informales de la vida política y social, se acrecienta considerablemente la utilidad de los estudios comparativos, no solamente por la ampliación de la unidad de análisis, sino también por la certeza de las conclusiones que formule el investigador.

La trascendencia del derecho comparado como fuente indirecta del derecho constitucional, impone la necesidad de evitar los enfoques formales que circunscriben el estudio comparado a un simple análisis jurídico de las instituciones, tal como aparecen expuestas en el texto legal, pero desprovisto de toda consideración científica sobre su funcionamiento en la práctica (23).

A ello se añade la necesidad de conocer profundamente la realidad social y política de los países cuyos ordenamientos se comparan, ya que con frecuencia las bondades que presenta un texto jurídico se deterioran en la práctica por no responder a las características y necesidades de la sociedad a la cual se aplican (24), o a la cual se pretenden aplicar.

El desconocimiento de esas realidades conduce, con lamentable frecuencia, a la adopción formal de las instituciones jurídicas extranjeras que, si bien pueden adecuarse a las modalidades sociales y políticas de sus países de origen, resultan incompatibles con la forma de ser de la sociedad adoptante. Esta previsión, si bien es válida para todas las áreas del derecho, tiene particular relevancia en materia constitucional, donde el fracaso de una constitución está acompañado por el caos, la inseguridad jurídica y el deterioro del sistema político imperante.

---

(23) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. II, p. 497, ob. cit.

(24) RAFAEL BIELSA, *Estudios de Derecho Público*, p. 51, Buenos Aires 1932.



## 12. FINALIDAD DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

La finalidad del Derecho Constitucional consiste en insertar en el plano institucional la idea política dominante en una sociedad, mediante la instrumentación de los mecanismos y factores que se consideren apropiados para forjar las bases de un sistema político.

Las diversas clasificaciones de los sistemas políticos (25) pueden ser sintetizadas en función de las ideas políticas dominantes en ellos.

Entendemos por idea política dominante aquella concepción o axioma aceptada por la sociedad global que nos permite conocer, en cada caso concreto, las causas que condujeron a la creación de la organización social, las metas comunes a sus integrantes que ella aspira a alcanzar y los instrumentos aceptados para la concreción institucional de ese ideal.

A la luz de la idea política dominante, los sistemas políticos pueden ser clasificados en personalistas o humanistas y transpersonalistas o transhumanistas.

En los primeros, la meta de toda actividad gubernamental o humana, tanto individual como social, reside en alcanzar y preservar la plena vigencia de la libertad y dignidad del hombre. Todas las técnicas e instrumentos legales y políticos que se establezcan en ese sistema tendrán como único objetivo hacer posible el logro de aquella finalidad.

En un sistema personalista, la libertad y la dignidad del ser humano son, simultáneamente, objeto e instrumento del régimen. Objeto, porque la constitución y organización del sistema se hacen efectivas para materializar la libertad y dignidad del hombre. Instrumento, porque su vigencia permite la subsistencia del sistema, con la consecuente elevación del ser humano y el desarrollo de su vida espiritual y material.

Las especulaciones teóricas sobre la libertad pueden ser infinitas, pero la realidad nos revela, como hecho indubitable, que la subsistencia de un sistema político personalista está condicionada por la vigencia de la libertad. Cuanto más plena y amplia sea esa libertad, mayor será el grado de intensidad que presentará un sistema personalista, y menores serán las posibilidades de que el hombre deje de ser el centro de la historia universal para transformarse en

---

(25) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Sistemas de partidos y sistemas políticos*, ps. 131/414, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires 1976.

un simple medio puesto al servicio de un objetivo que no se compe-  
dece con los elementos configurativos de la dignidad humana.

En los sistemas transpersonalistas, la libertad y dignidad del hom-  
bre dejan de ser metas inmediatas, quedando subordinadas a valo-  
res que, por imposición de la idea política dominante, son conside-  
rados superiores. En esta escala axiológica, la grandeza del Estado,  
la comunidad nacional, la superioridad consolidada de un grupo  
social, de una clase, raza, religión, o de cualquier otra institución, se  
encuentran por encima de la consideración que puedan merecer la  
dignidad y la libertad del hombre como objetivos supremos de toda  
acción social. El hombre, con todos sus atributos naturales, no es la  
finalidad del sistema, sino un simple medio para la concreción de  
otros valores.

A pesar de las finalidades diferentes que tienen los sistemas po-  
líticos humanistas y transhumanistas, el Derecho Constitucional se  
encuentra presente en ambos. Por tal razón, si bien la libertad y dig-  
nidad del hombre son valores trascendentes y casi unánimemente  
aceptados, al menos en la teoría, no configuran la finalidad abstracta  
del Derecho Constitucional, sino el objetivo de un sistema político  
determinado.

En un sistema humanista, el Derecho Constitucional apuntará a  
la estructuración de la idea política dominante, procurando reflejar-  
la en el texto constitucional y en el orden político. Otro tanto aconte-  
cerá en un sistema transpersonalista, aunque el contenido de la idea  
política dominante difiera sustancialmente de la anterior.

En ambos casos, nos hallaremos en presencia de un Derecho  
Constitucional.

En un sistema personalista será el derecho de la libertad. De una  
libertad integral, no solamente limitada al campo de la política o de  
la economía.

La libertad política se traduce, primariamente, en la potestad de  
elegir a los gobernantes y de ser elegidos como tales; de controlar la  
actuación gubernamental; de emitir críticas; de participar en la acti-  
vidad política, tanto en su fase arquitectónica como agonal.

La libertad económica, basada sobre un sólido respeto hacia la  
propiedad privada, conduce a posibilitar la manifestación de la crea-  
tividad humana en los procesos de producción y comercialización  
de bienes y servicios; a comprender que el desarrollo espontáneo  
del individualismo conduce, de manera mediata, al bienestar de la  
sociedad porque, el individuo es, por naturaleza, un ser social que,  
además de vivir, necesita convivir.

No puede haber un sistema personalista cuando impera la libertad política y se restringe la libertad económica. Tampoco si se permite el florecimiento de esta última, pero se suprimen las libertades políticas.

Pero, aunque ambas estén reconocidas, tampoco enfrentaremos a un auténtico sistema personalista, sin la vigencia de una concepción filosófica o social de la libertad. De una concepción que, en el marco de las relaciones sociales, impone un estilo de vida basado sobre la comprensión, la tolerancia, el ejercicio responsable de las libertades, el respeto por la dignidad del ser humano y el acatamiento de la ley. La libertad plena, tanto política, como económica y filosófica, condicionan la presencia de un sistema personalista.

En un sistema transpersonalista, el Derecho Constitucional no será el derecho de la libertad sino del autoritarismo. Podrán manifestarse parcialmente expresiones de la libertad política o de la libertad económica, pero la convivencia social estará signada por la intolerancia, el resentimiento y el odio hacia todo aquello que no concuerde con el criterio axiológico supremo del régimen transpersonalista.

Tales calificativos no importan una condena ontológica para los partidarios del sistema porque, en la medida que emanan de la idea política dominante en una sociedad y en un momento determinado, apuntan al logro de un bien común que se cristaliza, no ya en la libertad y dignidad del ser humano, sino en otros valores aceptados como superiores.

Si bien participamos de la concepción que relaciona la finalidad del Derecho Constitucional con la consagración práctica de la libertad y dignidad del hombre, y también compartimos la afirmación según la cual el origen de los estudios constitucionales estuvo relacionado con la problemática del control del poder como recurso eficaz para evitar su ejercicio abusivo (26), entendemos que aquella no es la finalidad científica del Derecho Constitucional.

Si el Derecho Constitucional se manifiesta tanto en un sistema personalista como en un sistema transpersonalista, y si la finalidad política de este último no se identifica con el logro de la libertad y dignidad del hombre, deberán existir otros elementos comunes que permitan tipificar la finalidad de nuestra disciplina.

---

(26) KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 29, Ed. Ariel, Barcelona, 1964.

Analizando el contenido del Derecho Constitucional, advertimos que el mismo está integrado por un elemento sustancial y por diversos elementos formales. El elemento sustancial apunta a la reproducción jurídica de la idea política dominante en la sociedad, mientras que los elementos formales están compuestos por la infinidad de técnicas constitucionales con cuya aplicación se aspira a institucionalizar, en la realidad política, a la idea dominante en la sociedad.

De ello se desprende que, mientras que la esencia del Derecho Constitucional es única, cualquiera sea la naturaleza del sistema político, su forma será sustancialmente variable en la medida que pretenda materializar esa esencia, es decir, la institucionalización de la idea política dominante con prescindencia de toda consideración axiológica.

Las técnicas o formas del Derecho Constitucional varían en consideración a las características de los pueblos, pero la valoración que se realice de ellas deberá adecuarse a la regla de la eficacia para concretar la esencia del Derecho Constitucional.

La relación entre medios y fines que presupone el Derecho Constitucional formal y sustancial, se vincula con la validez y vigencia del Derecho Constitucional.

El concepto de validez varía según se aplique para su análisis un enfoque jurídico o un enfoque sociológico. El primero condiciona la validez de las normas a su adecuación al Derecho Constitucional formal, mientras que el segundo lo hace con respecto a la idea política dominante, es decir, al Derecho Constitucional sustancial.

Pero el hecho de que una norma responda fielmente a la finalidad humanista o transhumanista del sistema político determinante de su validez, no significa que ella necesariamente coincida con el Derecho Constitucional vigente, es decir, con el orden político. Un análisis elemental de la realidad política revela que existen normas válidas carentes de vigencia, como también normas que tienen aplicación a pesar de estar desprovistas de validez jurídica o sociológica.

Si la finalidad del Derecho Constitucional es la institucionalización de la idea política dominante en la sociedad, la validez de las normas constitucionales dependerá de su adecuación a esa finalidad, mientras que la vigencia estará supeditada a los comportamientos que se manifiesten en el curso de la vida política, que pueden o no coincidir con las imposiciones de las normas que tienen validez.

Los conceptos de validez y vigencia se relacionan, a su vez, con los conceptos de legitimidad y legalidad del orden constitucional. La

legitimidad, que tiene raíz sociológica y política, proviene de la adecuación de la norma constitucional a la idea política dominante, mientras que la legalidad es un concepto jurídico resultante del ajuste de la norma particular al ordenamiento normativo prescripto por la constitución.

### 13. RELACIONES CON OTRAS DISCIPLINAS

Existe una estrecha relación entre el Derecho Constitucional y la Ciencia Política, a punto tal que, como consecuencia de la integración de ambas disciplinas operada en el curso del siglo XX, las mismas constituyen una unidad o, si se quiere, cabe afirmar que el Derecho Constitucional integra la Ciencia Política.

Si el objeto de la Ciencia Política es el poder político, el Derecho Constitucional se limita a estudiar la estructuración de ese poder en una sociedad global políticamente organizada. Tanto la Ciencia Política como el Derecho Constitucional se proyectan sobre un objeto común, pero mientras que para la primera el poder se presenta en forma general, para el segundo se limita al aspecto constitutivo de la sociedad global.

La realidad política y jurídica nos revela que una gran cantidad de criterios políticos se han introducido en el ámbito del derecho, y que un número no menor de criterios jurídicos han penetrado en la órbita política. Así como el derecho es la institucionalización de una idea política dominante en la sociedad, la política necesita imperiosamente del derecho para poder ser expresada en una realidad social dotada de organización.

En este orden de ideas, desconocer al Derecho Constitucional el carácter de parte integrante de la Ciencia Política, equivale a negar la real naturaleza de su objeto, ya que es indiscutiblemente político el ordenamiento de un Estado y de cualquier organización política global. La concreción de las leyes fundamentales, que integra la esfera del Derecho Constitucional, debe necesariamente considerar los efectos políticos que se derivarán de ellas, ya que la lógica jurídica abstracta es insuficiente para comprender y valorar la eficacia política de las instituciones.

La política, como ciencia, tiene por objeto el estudio de los fenómenos del poder en su amplia gama de manifestaciones. A su vez, el Derecho Constitucional, como rama de aquella ciencia, se ocupa de ese estudio en su relación con las normas jurídicas fundamentales y con la organización de la sociedad global. Por tal razón es correcto

sostener que el Derecho Constitucional sin la Ciencia Política es una fantasía (27), y que la Ciencia Política sin la guía del derecho es un fantasma (28).

Los estudios del Derecho Constitucional o de cualquiera de las leyes constitucionales, desarrollados al margen de la política, generan construcciones teóricas que probablemente no guarden relación alguna con la realidad cotidiana. Son construcciones formales sumamente peligrosas para una sociedad que, en definitiva, será una unidad de experimentación. La eficacia de los estudios del Derecho Constitucional impone el deber de superar el marco estrictamente jurídico, teniendo en cuenta que gran parte de la actividad política debe ser encauzada, a los fines de su manifestación, mediante formas jurídicas. Como corolario, la solidez intelectual de los investigadores y científicos constitucionales, debe estar precedida por un conocimiento amplio de la Ciencia Política.

La relación existente entre la Ciencia Política y el Derecho Constitucional fue precisada en la lista tipo de la Unesco elaborada en París en 1948. Con el propósito de superar las controversias existentes sobre el objeto de la Ciencia Política, se resolvió enumerar las materias que debían ser estudiadas por la Ciencia Política, considerando las coincidencias doctrinarias sobre ellas.

En la lista tipo de la Unesco se enuncian los siguientes grandes temas de la ciencia política: I) Teoría política: 1) Teoría política; 2) Historia de las ideas políticas. II) Instituciones políticas: 1) Constitución; 2) Gobierno central; 3) Gobierno regional y local; 4) Administración pública; 5) Funciones económicas y sociales del gobierno; 6) Instituciones políticas y comparadas. III) Partidos políticos, grupos y opinión pública: 1) Partidos políticos; 2) Grupos y asociaciones; 3) Participación del ciudadano en el gobierno y en la administración pública; 4) Opinión pública. IV) Relaciones internacionales: 1) Política internacional; 2) Política y organización internacional; 3) Derecho internacional.

Entre tales temas fueron incluidas la constitución, el gobierno central, los gobiernos regional y local, la administración pública, las funciones económicas y sociales del gobierno, los partidos políticos, los grupos y asociaciones, la participación del ciudadano en el gobierno y en la administración pública, la política internacional, el

---

(27) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. II, p. 304, ob. cit.

(28) CARL J. FRIEDRICH, *Teoría y Realidad de la Organización Democrática*, p. 556, México 1946.

derecho internacional y otras materias sobre los cuales, en forma directa o indirecta, recaen los estudios del derecho constitucional.

La manifestación del factor económico en el curso de la vida social es permanente y gravita decisivamente sobre las instituciones políticas. Tanto el derecho constitucional como la economía procuran satisfacer las necesidades del hombre en ámbitos de la convivencia social donde lo político se relaciona con lo económico.

Muchos problemas políticos tienen una profunda raíz económica y, viceversa, conflictos de orden económico aparecen frecuentemente determinados por los lineamientos políticos. Asimismo, no podemos desconocer la influencia decisiva que han tenido sobre la organización política global los fenómenos económicos gestados por las relaciones comerciales de índole internacional.

Sin embargo, es un error creer que la política está inexorablemente determinada por la economía. Prueba de ello son los numerosos planes y concepciones económicas cuyo fracaso no obedeció a sus defectos teóricos, sino a su desconocimiento e inaplicabilidad frente a una realidad política determinada.

En las normas del Derecho Constitucional se encuentran establecidos los principios básicos de todas las ramas de la ciencia jurídica. En ellos encontramos expresados los grandes lineamientos a los cuales deberán adecuarse las legislaciones civil, comercial, penal, administrativa, laboral, procesal, impositiva, militar, aeronáutica y las restantes ramas del derecho. La función de todas ellas, en el marco de una relación de subordinación, es la de desarrollar los principios genéricos del Derecho Constitucional.

La relación que media entre el Derecho Constitucional y las diversas ramas del derecho reviste particular importancia con respecto al Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo tiene por objeto la organización y el funcionamiento de la administración pública y la regulación de las relaciones generadas por la actividad administrativa del Estado (29).

Sin embargo, la importancia de las normas del Derecho Administrativo en atención a su objeto no significa que el Derecho Constitucional resulte privado de su condición de derecho básico del cual se desprende la validez de las otras ramas de la ciencia jurídica. Es así que, como la administración se desenvuelve dentro del marco establecido por la constitución y las leyes que se dictan en su conse-

---

(29) MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 155, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1990.

cuencia, los productos del Derecho Constitucional se imponen frente al Derecho Administrativo en una relación de subordinación.

Las características de esa relación determinan que constituya un grave error en un sistema personalista, la tendencia existente en el Derecho Administrativo que restringe y subordina la libertad individual al propósito de concretar una administración eficaz del Estado.

Ello es así, porque el Derecho Administrativo no puede desconocer que el Estado no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar los fines personalistas o transpersonalistas de la sociedad. Si esos fines son los primeros, en tal caso todo el aparato administrativo deberá apuntar a la concreción de esos valores sin reducir el ámbito del Derecho Constitucional.

Se ha observado, con acierto, que conforme a ciertos enfoques, el Derecho Administrativo tiende a ordenar al Estado burocrática y jerárquicamente, reduciendo al mínimo los efectos del Derecho Constitucional destinados a multiplicar los órganos de control, aumentar las garantías constitucionales y desarrollar la libertad del hombre. Frente a estos excesos, cabe concebir al Derecho Administrativo como el derecho del orden y del autoritarismo, y al Derecho Constitucional como el derecho de la libertad (30) con responsabilidad. Sin embargo, los excesos de tales enfoques no llegaron a transformarse en una regla general.

Bien se ha dicho que un presupuesto ineludible del Estado de Derecho es el sometimiento de la administración al ordenamiento jurídico y que, el Estado de Derecho se transforma en Estado de Policía cuando los administrados están desprovistos de recursos jurisdiccionales, ante un órgano independiente, para impugnar los actos ilícitos de la administración que les acarrearán un daño en sus derechos (31).

La relación de subordinación no resulta solamente de la forma en que deben ser estructurados los organismos de la administración, sino también de la forma en que ellos deben funcionar para preservar los derechos constitucionales, armonizando las libertades individuales con los intereses sociales y la función del Estado.

Un fenómeno similar se plantea con motivo de la relación que media entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional,

---

(30) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. I, p. 257, ob. cit.

(31) LUQUI, ROBERTO E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, t. I, p. 3, Astrea, Buenos Aires 2005.



cuyo significativo desarrollo en el siglo XX ha conducido, a veces, a pretender imponerlo sobre las normas constitucionales.

El Derecho Internacional, como técnica destinada a concretar la paz entre las naciones y la vigencia de los derechos humanos, no puede ser concebido en conflicto con el Derecho Constitucional de las sociedades democráticas, donde desempeña el rol de una técnica para la libertad.

La paz, mediante la organización internacional, y la libertad, mediante la vigencia del Derecho Constitucional personalista, son objetivos inseparables. Ello a pesar de que el Derecho Internacional siempre ha estado a la zaga del Derecho Constitucional, ya que la concreción de los grandes objetivos del primero está condicionada a la efectiva vigencia de los sistemas políticos personalistas.

De ello se desprende el error de considerar los problemas de la paz y los derechos humanos con total despreocupación del marco de la necesaria libertad que ella requiere para perdurar. Ello importa olvidar que la estructura jurídica de un sistema personalista democrático tutela el cumplimiento de las reglas del Derecho Internacional, siendo la mejor garantía para su vigencia y difusión. Sin embargo, en los sistemas donde está firmemente arraigado el totalitarismo, el fracaso de sus constituciones impulsó a subordinarlas al Derecho Internacional mediante legítimas declaraciones teóricas que, lamentablemente, no responden a la idea política dominante.

Pero en el orden interno las reglas del Derecho Internacional que no son incorporados al mismo, están subordinadas a las normas del Derecho Constitucional de un Estado con poder soberano, que originan el funcionamiento de la entidad que es sujeto de las relaciones internacionales. Si no existe esa subordinación, es porque así lo establece el derecho interno.

En el sistema constitucional argentino, las normas del Derecho Internacional contenidas en los tratados o convenciones internacionales celebrados por el órgano ejecutivo, sancionados por ley del Congreso Nacional y ratificados por el Presidente de la República, son parte integrante del derecho interno. Sus normas podrán ser programáticas u operativas, pero en ambos casos integran el derecho local con los efectos previstos en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, y aunque se cumplan los recaudos formales para la inserción de la norma internacional en el derecho interno, la validez de la misma no está determinada por un acto internacional sino por su adecuación a la Ley Fundamental.

De ello se deriva que si la cláusula de un tratado se opone a la Constitución, si no respeta el principio expuesto en su artículo 27, carecerá de validez y deberá ser declarado inconstitucional por los tribunales judiciales en el ejercicio de su función de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas aplicando el principio de la supremacía constitucional.

Constituye un grave error equiparar las normas internacionales a las cláusulas de la Constitución o, inclusive, subordinar estas últimas a aquellas. Ello importa desconocer el carácter soberano del poder estatal, la división entre el poder constituyente y los poderes constituidos y el principio de la supremacía constitucional que afirman la existencia internacional de un Estado como organización política global independiente.

En igual sentido, consideramos erróneo el criterio que niega al gobierno local la potestad política de dejar sin efecto a un tratado o convención internacional. En forma expresa o tácita, mediante un acto de poder, el gobierno local está facultado para dejar sin efecto, total o parcialmente, las cláusulas de un documento internacional en el ámbito del derecho interno. Esto es así, en tanto esté ejerciendo un poder político que prosiga disfrutando de entidad soberana.

Esta conclusión no es esquemática. Ella reviste racionalidad a comienzos del siglo XXI, debido a que la organización política global en las naciones prosigue siendo el Estado. No importa desconocer el proceso de integración o globalización que se desarrolla en ciertas áreas mundiales, y cuya génesis tiene naturaleza económica.

La libre circulación de los productos y servicios siempre ha sido el factor desencadenante de la formación de mercados que superan los límites geográficos de los Estados, provocando la aproximación de ellos. Esa especie de comunidad económica procura expandirse y, simultáneamente, busca su consolidación en nuevas formas de organización política global. Formas novedosas que, a su vez, gravitan sobre los contenidos dinámicos del Derecho Constitucional permitiendo, inclusive, que en algún momento de la historia de la humanidad podamos hacer referencia a un Derecho Constitucional de la integración o globalización (32).

Los principios que emanan de los estudios del Derecho Constitucional determinan los contenidos particulares que presentan las restantes disciplinas jurídicas. Pero esto en modo alguno significa

---

(32) ALBERTO A. SPOTA, *Globalización, Integración y Derecho Constitucional*, LA LEY, 1999-A, 905.

que, en la formulación de tales principios, se prescinda de la debida consideración de los aspectos sociales que conforman el objeto de aquellas disciplinas.

Con frecuencia, la intensidad de las conductas sociales que dan nacimiento, o son consecuencia de las modalidades que presentan la convivencia civil, laboral o mercantil, se proyectan sobre el Derecho Constitucional modificando o introduciendo variantes en los principios gestados por este último.

Esa razonable flexibilidad del Derecho Constitucional, permite que se impregne a su estudio una modalidad dinámica y realista.

A título de ejemplo, el desarrollo efectuado en el seno del Derecho Civil sobre los derechos personalísimos, y en el Derecho Comercial acerca de las alternativas electorales para la integración de los órganos societarios, ha sido incorporado a los datos que, sobre el particular, integran los estudios del Derecho Constitucional. Se trata de una de las tantas muestras que presenta la interdependencia científica.

#### 14. METODOLOGÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

El Derecho Constitucional, como disciplina científica que integra la Ciencia Política, aborda el conocimiento de los fenómenos constitucionales mediante su descripción y análisis que conducen, en una etapa posterior, a la formulación de conclusiones mediante la emisión de juicios de conocimiento.

Los juicios de valor, con los cuales se atribuyen cualidades a dichos fenómenos y que no están precedidos por un estudio analítico de los mismos, no son expresiones propias de un conocimiento científico. Son simples estimaciones u opiniones no verificables que, por no ser resultantes de un estudio científico, no llegan a adquirir la categoría de juicios de conocimiento.

El empleo riguroso e intensivo de la metodología en el Derecho Constitucional, está dirigido a la obtención de un conocimiento amplio y certero sobre la realidad política e institucional, mediante la aplicación de diversas técnicas, enfoques y métodos. Conocimiento que, muchas veces, puede no coincidir con los valores o aspiraciones del investigador.

Si bien el empleo de los elementos metodológicos no configuran una novedad en los estudios del Derecho Constitucional, el desarrollo experimentado en las últimas décadas por las nuevas orientacio-

nes metodológicas, destaca el rigor científico que deben presentar los estudios en materia de Derecho Constitucional para que sus conclusiones tengan, por lo menos, un relativo grado de seriedad y certeza.

La naturaleza particular del Derecho Constitucional, la complejidad de su contenido y la importancia de las soluciones prácticas que resultan de su estudio, imponen que la emisión de los juicios de conocimiento esté precedida por la rigurosa aplicación del proceso metodológico que, tan sólo con fines didácticos, puede ser dividido en tres etapas.

En forma genérica, recibe el nombre de *proceso metodológico* el camino o conjunto de procedimientos a que se debe ajustar estrictamente el investigador para aprehender el objeto de su estudio por medio del razonamiento. En su carácter de proceso, de conjunto de tareas intelectuales, está compuesto por tres etapas que son: la técnica metodológica de investigación, el enfoque metodológico y el método propiamente dicho.

En el curso de la investigación no resulta necesario ni conveniente agotar alguna de esas etapas para introducirse en la siguiente. Muchas veces el investigador debe desandar el camino recorrido para completar los datos obtenidos o para verificar su selección. Lo importante es no prescindir de esas etapas y ordenar el acceso al conocimiento científico.

## 15. TÉCNICA METODOLÓGICA DE INVESTIGACIÓN

La técnica de investigación es el procedimiento metodológico que se utiliza para obtener los datos de la realidad sobre los cuales, previa selección de ellos en función del objeto de análisis, se aplicará el razonamiento.

El primer paso que debe dar el investigador reside en la obtención de la mayor cantidad de datos posibles referentes al tema que aborda. Los estudios desprovistos de la necesaria búsqueda y observación de los datos y hechos de la realidad, reducen el análisis sistemático a un razonamiento filosófico y abstracto basado solamente en las experiencias subjetivas del pensador. En tales casos, los estudios y conclusiones que se formulen carecerán de utilidad práctica, serán difícilmente verificables y su carácter científico será sumamente relativo.

Claro está que la búsqueda y observación de datos no agotan la investigación. La recopilación de datos que no está acompañada por

la selección resultante de un enfoque y el razonamiento metodológico, conduce a resultados meramente empíricos de tipo cuantitativo, que son insuficientes para dar sustento a los juicios de conocimiento.

Entre las técnicas de investigación, que pueden ser cualitativas o cuantitativas, podemos mencionar las encuestas, las estadísticas, la observación directa o indirecta de los hechos, los documentos, las entrevistas, las técnicas matemáticas y cualquier otro procedimiento útil para conocer y acumular los datos y hechos relacionados con el objeto de la investigación.

De las técnicas cualitativas, la observación de los hechos de la realidad es la que usualmente aplican los investigadores, aunque no necesariamente de manera excluyente. La observación puede ser directa o indirecta y, en ambos casos, extensiva o intensiva.

La observación extensiva es la que se aplica sobre unidades de análisis amplias, procurando obtener datos que sirven como muestras representativas. La observación intensiva, cuyo grado de verosimilitud suele ser superior al de la anterior, se aplica sobre pequeñas unidades de análisis que tornan innecesaria la tarea de acudir a las muestras representativas. La observación, ya sea extensiva o intensiva, se puede materializar mediante el análisis de documentos en los cuales aparecen reflejados los hechos o mediante una observación directa de la realidad con la ayuda de encuestas, entrevistas, cuestionarios u otros mecanismos similares.

En la observación directa extensiva, la técnica más difundida consiste en las encuestas por sondeo de opinión, mediante las cuales se determinan las características de una parte de la unidad de análisis que, como muestra, luego es extendida a toda la unidad. Su validez está condicionada a su aplicación constante debido al dinamismo de la vida social y política.

En cambio, en la observación directa intensiva los procedimientos más corrientes son las encuestas y entrevistas globales o completas de la unidad de análisis, que desembocan en mediciones mucho más precisas de las actitudes y opiniones.

Las técnicas cuantitativas, que se basan en las matemáticas, consisten en la obtención de datos o hechos que son susceptibles de ser agrupados y cuantificados para efectuar la comparación de las cifras resultantes. En tal sentido, resulta aceptable concebir a las matemáticas como el estudio racional y lógico de las relaciones simbólicas, considerando los sistemas integrados por la combinación lógica y armónica de los símbolos cualitativos y cuantitativos.

La cuantificación es sumamente útil siempre que no conduzca a los excesos de la cuantofrenia. Muchas veces nos encontramos con obras aparentemente científicas que en rigor no son tales, ya que constituyen una simple acumulación de gran cantidad de datos y hechos traducidos a cifras, pero carentes de toda sistematización y ordenación lógica.

Pero, sin perjuicio de condenar los excesos a que puede conducir la cuantificación, debe reconocerse su utilidad para la investigación.

A título de ejemplo, cabe citar a las estadísticas, que facilitan la exposición y comprensión de los hechos políticos, así como también a los estudios comparativos sobre las variantes que se producen en el resultado de las encuestas con el transcurso del tiempo. Asimismo, los cuadros y diagramas en que son agrupados los datos facilitan la comprensión de los hechos y hacen visibles las lagunas que ofrece la documentación y que pueden pasar desapercibidas en una exposición literaria. Pero, reiteramos, la utilidad de esta técnica está condicionada a su aplicación dinámica debido a los cambios constantes que se operan en las valoraciones sociales.

Con relación a las técnicas cuantitativas, merece ser destacada la importancia del desarrollo de las técnicas de la computación. Ellas están condicionadas a un eficiente proceso de comunicación entre el hombre que suministra la información y la computadora, que la procesa, traduce y sistematiza, sobre la base de una programación adecuada, permitiendo abordar la investigación de todas las cualidades imaginables de un sistema específico. La amplia difusión que tiene el empleo de los programas de computación en el campo de las investigaciones políticas y del Derecho Constitucional, obedece a que mediante ellas se amplía considerablemente el horizonte de la investigación, se acrecienta su certeza y se reduce sensiblemente el tiempo requerido para seleccionar los datos y la formulación de las conclusiones.

## 16. ENFOQUE METODOLÓGICO

Una vez que el investigador obtuvo todos los datos y hechos posibles sobre el tema objeto de su estudio, corresponde que aplique sobre ellos un enfoque metodológico. El enfoque consiste en el procedimiento empleado por el investigador para seleccionar los datos y hechos obtenidos mediante el uso de las diversas técnicas de investigación.

El fenómeno político se exterioriza en una variedad infinita de matices y cualidades que son reflejadas por los datos obtenidos. De esa amplia variedad, al investigador solamente le interesa una parte de ella, cuya selección será realizada aplicando un criterio particular de acercamiento al tema de estudio que se denomina *enfoque metodológico*.

Los enfoques son procedimientos aplicados para seleccionar los datos de la realidad que, usualmente, reciben el nombre de *métodos*. Sin embargo, esta última denominación resulta incorrecta, porque los enfoques son criterios adoptados por el investigador para encarar el estudio de los fenómenos políticos desde un punto de vista determinado, aunque no para formular conclusiones. Los enfoques son las vías de acceso al conocimiento, independientes del propósito de articularlas en un proceso intelectual lógico (33).

Los enfoques conducen a la selección de los problemas y datos, mientras que los métodos aluden al proceso racional que se aplica sobre ellos para arribar a las conclusiones de la investigación.

Los enfoques, a diferencia de los métodos, son numerosos. Pero son escasos los empleados usualmente para el estudio de los problemas constitucionales.

Entre ellos cabe mencionar el enfoque jusnaturalista, que aborda la selección de los datos de la realidad con un criterio valorativo basado sobre los principios del derecho natural. El ser humano tiene evidentemente fines que responden a su constitución natural y que son los mismos para todos, así como también disposiciones que conoce mediante la razón y que lo inducen a cumplirlas para la concreción de aquéllos. Esto desemboca en la convicción colectiva de que existen principios superiores al derecho positivo y que las leyes humanas deben adecuarse a la naturaleza de las personas para ser razonables y justas.

El enfoque histórico, basado sobre el empirismo y la causalidad determinista que excluyen el racionalismo como factor desencadenante del comportamiento social, es otro de los enfoques utilizados en el proceso metodológico del Derecho Constitucional. Considerando que la historia es la gran maestra de la sabiduría, se concluye que la acumulación de las experiencias otorga cierta seguridad contra la reiteración de los errores del pasado, debido a su previsibilidad.

---

(33) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. II, p. 343, ob. cit.

El enfoque jurídico se concentra en la selección de todos los fenómenos de la vida jurídica y de los hechos positivos que los representan. Está compuesto por el análisis jurídico de los elementos lógicos de la relación jurídica, tales como las constituciones, leyes y sentencias judiciales, y por la construcción jurídica que ordena aquellos elementos para inferir principios y conclusiones.

El enfoque sociológico concentra la investigación del Derecho Constitucional en la investigación sociológica, considerando que el derecho es simplemente una manifestación de la vida social. Consiste en la observación, análisis y comparación de los datos de la vida social en su conjunto, para luego poder determinar las leyes a que responden las relaciones sociales.

El enfoque político parte de la idea de que el Derecho Constitucional resulta del efectivo funcionamiento de las instituciones estatales y sólo en mínima parte del texto de una constitución. Es una reacción contra el formalismo jurídico, que propicia la inserción de elementos sociológicos, históricos y valorativos para la caracterización del bien común como objetivo fundamental de toda sociedad política global. En el marco del dinamismo institucional, conduce a la selección de los hechos políticos con prescindencia de su regulación legal.

También podemos mencionar al enfoque económico, que selecciona los datos políticos provenientes de las relaciones de producción. El enfoque positivista, que aspira a la comprensión de los fenómenos constitucionales tal como se presentan en la realidad y excluyendo todo criterio valorativo. El enfoque del comportamiento político que, a través de la aplicación conjunta de los enfoques sociológico, psicológico y antropológico, procura encontrar uniformidades en las conductas de los grupos sociales que producen las estructuras sociales, las instituciones, las ideologías y las leyes.

Finalmente, cabe citar el llamado enfoque integral, que importa analizar un fenómeno político mediante la aplicación simultánea de todos los restantes enfoques. Como conjunto de enfoques, procura otorgar una visión completa del fenómeno constitucional capaz de abarcar sus matices jurídicos, políticos, sociales, económicos, históricos. Es, indudablemente, el más perfecto, complejo y difícil de aplicar de todos los enfoques metodológicos, dependiendo su eficacia de las dimensiones reducidas de su unidad de análisis y de la integración armónica de un grupo interdisciplinario de investigación.



## 17. EL MÉTODO

Una vez efectuada la selección de los datos y hechos obtenidos mediante la aplicación de uno o varios enfoques metodológicos, el investigador procura sistematizar tales elementos para formular conclusiones. Para ello, acude al razonamiento lógico mediante el procedimiento de la deducción o de la inducción. Se trata de la tercera etapa del proceso metodológico, que es la aplicación del método propiamente dicho.

El método deductivo consiste en considerar los elementos generales para formular conclusiones particulares sobre la base de la especulación.

El método inductivo consiste en considerar los elementos particulares seleccionados con el enfoque para formular conclusiones generales sobre la base de la observación.

El primero se desenvuelve en el plano de la abstracción, impulsado por la fuerza de la creatividad intelectual. El segundo se basa sobre la realidad y la observación particular, guiada por la experiencia del investigador que, a través de las uniformidades detectadas, formula principios de carácter general.

Tradicionalmente, y con acierto, Platón ha sido presentado como el precursor del método deductivo, y Aristóteles del método inductivo. El primero, partiendo de principios generales y de la abstracción, formuló su esquema de la polis ideal en "La República". La razonabilidad de sus conclusiones fue obra de su talento singular, aunque la concreción práctica de ellas impone una elevada cuota de autoritarismo. El segundo, sobre la base de hechos históricos, sociológicos, la observación y las experiencias resultantes, arriba a conclusiones generales que, en una etapa posterior, permitirán establecer su viabilidad práctica en cada caso concreto sin aspirar a imponer coactivamente una solución predeterminedada.

Si bien la generalidad de los investigadores de los fenómenos constitucionales utiliza ambos métodos, aunque otorgando preferencia a alguno de ellos, el método inductivo es el que mejor se adecua a los requerimientos provenientes de una investigación social que aspira a no ser separada del conocimiento de la realidad.

En algunas oportunidades, se hace referencia a un método mixto, consistente en la aplicación sucesiva de la deducción y la inducción, o en un orden inverso.

En realidad, no se trata de un método propiamente dicho, sino de un proceso de verificación. Reside en someter, las conclusiones obtenidas con uno de los métodos, a la aplicación del restante. Así, a los

resultados logrados mediante la inducción, es conveniente acudir a la deducción para constatar la razonabilidad de los primeros. Pero no nos enfrentamos con un nuevo método sino, eventualmente, con un análisis comparativo de las conclusiones producidas por la deducción e inducción; de un análisis comparativo entre dos formas de razonar que pueden, o no, conducir a iguales resultados.

## 18. CONSTITUCIONALISMO Y ESTADO DE DERECHO

La concepción del Estado de Derecho, como forma de manifestación del poder estatal opuesta al llamado Estado de Policía, es una creación doctrinaria formulada por la Escuela Alemana del Derecho Constitucional.

Esta construcción doctrinaria y jurídica fue desarrollada en 1832 por Robert von Mohl (34) y, según ella, toda la actividad estatal se debe adecuar a las normas jurídicas dictadas por el propio Estado. La obligatoriedad de tales normas no se limita a los particulares, sino que se extiende al Estado, cuyo desenvolvimiento debe concretarse en el marco de la ley y nunca fuera de ella.

El propósito perseguido por este enfoque jurídico fue el de dotar de seguridad a los derechos de los hombres para que ellos no fueran desnaturalizados a través de un ejercicio abusivo del poder que, como tal, se opone a la ley.

Sin embargo, esta concepción resultó incompleta en cuanto al contenido personalista de los valores que se pretendían preservar con la creación del Estado de Derecho. En efecto, esa estructura formal, desprovista de una idea política dominante personalista, podía transformar en Estado de Derecho a cualquier régimen cuyo accionar se adecuara a la ley.

Ese vacío fue cubierto por el movimiento constitucionalista, mediante la revitalización de los ideales personalistas que habían sido cuestionados o condenados con motivo de una aplicación esquemática de la doctrina del Estado de Derecho.

La democracia constitucional como sistema político que surgió en el curso del siglo XIX, y que tiende a adquirir vigencia mundial en el siglo XXI, no es solamente forma, sino también esencia (35).

---

(34) JUAN BENEYTO PÉREZ, *Historia de las Doctrinas Políticas*, p. 418, Ed. Aguilar, Madrid 1948.

(35) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 481, Ed. Ediar, Buenos Aires 1972.

Es un sistema revestido con las propiedades necesarias para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales del ser humano. Además, su presencia requiere, en forma ineludible, que en mayor o menor grado los gobernados intervengan en el gobierno y que los roles gubernamentales estén integrados por personas idóneas.

Si bien es cierto que el primero de los recaudos se cumple a través del proceso electoral, también es cierto que la simple vigencia de los actos electorales no asegura la existencia de la democracia. Es necesario también que exista una fluida y constante comunicación entre gobernantes y gobernados, basada sobre la libertad y la igualdad, y una idea política dominante en la sociedad que le asigne al ser humano, a su libertad y dignidad, el carácter de único objetivo del sistema (36).

Históricamente, la esencia de la democracia pudo ser concretada por el movimiento constitucionalista, que implementó las técnicas destinadas a limitar el ejercicio del poder mediante diversas instituciones afectadas a la defensa de la personalidad individual y de los derechos naturales que son atributos inalienables del ser humano.

El constitucionalismo es un movimiento social y político que tiende a lograr una finalidad personalista mediante la vigencia de una especie particular de constitución jurídica.

Es un movimiento socio-político porque sus antecedentes se remontan a la existencia de las primeras organizaciones políticas, cuando en sus ámbitos se vislumbró la lucha del hombre por la libertad. En este sentido, el constitucionalismo es la corporización doctrinaria de la lucha permanente del hombre por la libertad.

Ese movimiento tiene una finalidad esencialmente personalista, ya que concibe al hombre como artífice de la vida política y a la libertad y dignidad como supremas y únicas finalidades de esa actividad.

Para alcanzar sus objetivos, el constitucionalismo propicia el empleo de un instrumento llamado constitución. No se trata de una constitución natural histórica o de una constitución real sociológica. Tampoco se trata de cualquier constitución jurídica, sino de una especie de ella en la cual se reconozcan los principios que conforman aquella dignidad y libertad humana, y se consagren las técnicas destinadas a que no se tornen ilusorios esos postulados.

---

(36) Su Santidad Pio XII tuvo oportunidad de expresar que *"el hombre como tal, lejos de ser objeto y elemento puramente pasivo de la vida social es, por el contrario, y debe ser y permanecer, sujeto, fundamento y fin"* (ver *Pacem in Terris* de Su Santidad Juan XXIII, I-26).

Se incurre en un grave error histórico al afirmar que, la génesis del movimiento constitucionalista, se manifiesta en el curso de las revoluciones inglesas de 1641 y 1688, o en la Revolución Francesa de 1789, o en el proceso de la emancipación norteamericana del siglo XVIII.

Tales hechos, particularmente los dos últimos, desencadenaron la proyección mundial del constitucionalismo forjando una modificación sustancial de las instituciones políticas vigentes. Pero, el movimiento constitucionalista, se originó con mucha anterioridad a ellos. Basta citar, como hitos de su desenvolvimiento, la idea del consentimiento popular de los hebreos, el pensamiento griego y romano, el concepto germano de la libertad individual, la expansión del cristianismo, así como también las cartas y fueros medievales (37).

Si bien los antecedentes del constitucionalismo son remotos y su existencia se vislumbra en la permanente lucha del ser humano por su libertad, los ideales de ese movimiento recién fueron concretados en forma estable a partir de mediados del siglo XVIII. Hasta ese momento las manifestaciones del constitucionalismo fueron simples inquietudes, reconocimientos o concesiones parciales de derechos que no reflejaban una idea dominante dentro de la sociedad.

Se trataba, en el mejor de los casos, de muestras de un constitucionalismo imperfecto donde la concesión de libertades políticas no estaba acompañada de libertades civiles o viceversa. No se advertía que la libertad civil, si no es acompañada por la libertad política, no puede ser duradera, ya que su permanencia depende de la voluntad del gobernante de turno, y que la libertad política, si no es acompañada por la libertad civil, carece de razón de ser, ya que es sólo un medio para alcanzar esta última.

De tal modo, el constitucionalismo se estructuró en el siglo XVIII, cuando: 1) comenzó a transformarse en idea política dominante aquella que concibe a la libertad y dignidad del hombre como objetivo fundamental de la vida política; 2) comenzó a tener vigencia una especie particular de constitución jurídica; 3) surgieron técnicas jurídicas destinadas a evitar la concentración y el ejercicio abusivo del poder; 4) se reconocieron jurídicamente los derechos y libertades resultantes de la naturaleza humana.

Como movimiento destinado a evitar el ejercicio abusivo del poder y a reconocer los derechos del hombre, el constitucionalismo

---

(37) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. II, p. 501, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires 1976. ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA, *La neoescolástica y las raíces del constitucionalismo*, p. 231, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires 2005.

tuvo sus primeras experiencias orgánicas en la Declaración de Virginia (1776), en la Constitución de los Estados Unidos de América (1787), en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y en las constituciones francesas (1791, 1793, 1795 y 1799). Asimismo, por responder a una idea política dominante, el constitucionalismo se difundió rápidamente, generando una serie de instrumentos jurídicos similares en Polonia (1791), Suecia (1809), España (1812), Noruega (1814) y en los nuevos estados americanos, cuya emancipación se produjo a la luz de la doctrina constitucionalista.

Si bien originariamente en el seno del constitucionalismo prevaleció una tendencia individualista, a mediados del siglo XIX comenzó a operarse una ligera variación en esa línea por obra del liberalismo católico y del socialismo. Esa variación, que es consecuencia del carácter dinámico del constitucionalismo, quedó consolidada a comienzos del siglo XX en el fenómeno que Segundo V. Linares Quintana designó con el nombre de *constitucionalismo social* (38).

Fue en ese momento cuando los textos constitucionales comenzaron a reconocer, no al ser humano en abstracto, sino inmerso en la convivencia social, y los derechos individuales fueron reglamentados en base al interés social o bien común. Se entendió que la organización política no debía limitarse al reconocimiento de la independencia jurídica del individuo, sino que además debía crear un mínimo de condiciones necesarias para asegurar su independencia social.

Ya no se concebía solamente al individuo como titular de derechos y objeto de la función protectora del poder, sino que fueron agregados los grupos sociales coordinando una relación armónica entre el hombre y la sociedad, sin que el amparo de los derechos sociales condujera al extremo de allanar las libertades individuales. A esta expresión del constitucionalismo respondieron, entre otras, las constituciones de México (1917), Weimar (1919), Finlandia (1919), Austria (1920), Estonia (1920) y Polonia (1921).

Al concluir la Primera Guerra Mundial en 1918, se tuvo la fundada impresión de que la doctrina personalista del constitucionalismo se había consolidado definitivamente. Esa impresión no sólo estaba avalada por la sanción, en casi todos los países europeos y americanos, de textos constitucionales democráticos, sino también por el deterioro y desprestigio manifiestos de las concepciones totalitarias y absolutistas que se habían desenvuelto hasta ese momento.

---

(38) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *El derecho constitucional en la postguerra. El constitucionalismo Social*, La Ley, 15 de abril de 1946, Buenos Aires.

Sin embargo, en forma casi simultánea y bajo nuevas modalidades y características, renacieron con singular energía las doctrinas totalitarias transpersonalistas, que consideran al hombre no como objeto final de la actividad política, sino simplemente como una herramienta o instrumento para alcanzar otros fines que son presentados como valores superiores a la dignidad humana.

Así se inició un proceso de desconstitucionalización con el surgimiento de diversos sistemas autocráticos, cuyos máximos exponentes se asentaron en Rusia (1918), Italia (1922) y Alemania (1933), y cuya secuela se extendió al resto de Europa y al continente americano con la aparición de los regímenes neopresidencialistas.

Proyectando la evolución de este proceso, Su Santidad Juan Pablo II destacó: *"Ya desde la primera mitad de este siglo, en el período en que se estaban desarrollando varios totalitarismos de estado, los cuales —como es sabido— llevaron a la horrible catástrofe bélica, la Iglesia había delineado claramente su postura frente a estos regímenes que en apariencia actuaban por un bien superior, como es el bien del estado, mientras la historia demostraría en cambio que se trataba solamente del bien de un partido, identificado con el estado. En realidad aquellos regímenes habían coartado los derechos de los ciudadanos, negándoles el reconocimiento debido de los inviolables derechos del hombre que, hacia la mitad de nuestro siglo, han obtenido su formulación en sede internacional. El sentido esencial del Estado como comunidad política, consiste en el hecho de que la sociedad y quien la compone, el pueblo, es soberano de la propia suerte. Este sentido no llega a realizarse si, en vez del ejercicio del poder mediante la participación moral de la sociedad o del pueblo, asistimos a la imposición del poder por parte de un determinado grupo o todos los demás miembros de esa sociedad. Estas cosas son esenciales en nuestra época, en que han crecido enormemente la conciencia social de los hombres y con ella la necesidad de una correcta participación de los ciudadanos en la vida política de la comunidad, teniendo en cuenta las condiciones de cada pueblo y del vigor necesario de la autoridad pública"* (39).

Recogiendo la moda política de ese momento, el comunismo, el fascismo, el nacionalismo y sus variantes vernáculas, se proyectaron doctrinariamente como manifestaciones de un paternalismo irracional que desembocaba en el culto a la intolerancia, la violencia, la fuerza y la supresión de una convivencia democrática. La paulatina absorción de la sociedad por el Estado, la sobreestimación de la po-

---

(39) JUAN PABLO II, *Redemptor Hominis*, ps. 58/59, Ed. Paulinas, Buenos Aires 1979.

lítica del bienestar con su secuela materialista, la búsqueda de personalidades dominantes y la relación mística con el líder, fueron claras manifestaciones de la profunda conmoción ideológica producida por la difusión de las nuevas ideas totalitarias.

A medida que se fueron desarrollando tales doctrinas entre los núcleos dirigentes y los grupos políticos, la libertad, la igualdad, la dignidad, la vida, la responsabilidad republicana y otros valores trascendentes del movimiento constitucionalista, se fueron desdibujando en la práctica frente al anhelo creciente del ser humano por ver materializada su seguridad material y por desligarse de responsabilidades cívicas, transfiriendo a un ente sobrehumano la solución de sus problemas personales (40). Aparentemente, el individuo esperaba todo del Estado y por eso mismo estaba dispuesto a abandonar todo en manos del Estado (41).

En el curso de esta evolución, la búsqueda de protección y seguridad, practicada en forma sectorial, se tradujo en una despersonalización de la vida y en una actitud de desdén hacia los valores humanistas. Todo ello como consecuencia de una concepción materialista que conduce, necesariamente, a una sobrevaloración de la seguridad con su secuela inevitable: la cada vez mayor restricción a las libertades públicas y privadas.

Esta sobrevaloración de la seguridad, los excesos resultantes del colectivismo, del corporativismo y de la planificación, en orden a la supresión, desnaturalización o limitación arbitraria de los derechos y libertades, todo ello realizado con el aparente y loable propósito de proteger a las personas, se reflejó en el notable crecimiento de las actividades estatales. Crecimiento cuyo objetivo residió en acelerar la satisfacción de las demandas sociales, con prescindencia de una línea política arquitectónica basada sobre el bien común y con un costo significativo: el deterioro de la personalidad individual y de la dignidad del hombre como valores básicos del constitucionalismo.

Asimismo, como corolario de esta expansión totalitaria, se estableció un amplio espectro de normas jurídicas destinadas a fortalecer las prerrogativas del Estado en su relación con la sociedad y con las libertades de las personas, desembocando en una situación de privilegio y abuso del poder que es, precisamente, el núcleo cuya destrucción persigue el movimiento constitucionalista.

---

(40) GUSTAW BYCHOWSKI, *Dictadores y Discípulos*, p. 253, Ed. Mateu, Barcelona 1947. SEYMOUR MARTÍN LIPSET, *El hombre político*, p. 163, Ed. Eudeba, Buenos Aires 1968.

(41) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. I, p. 352, ob. cit.

En cierto modo, la confusión ideológica entre el bien común y el bien del Estado condujo a una paulatina sustitución de los fines personalistas del constitucionalismo por objetivos transpersonalistas que no se compadecen con su esencia.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el movimiento constitucionalista prosiguió su expansión que, en muchos casos, fue frustrada por la intolerancia y el vigor de las doctrinas totalitarias impuestas a las naciones del centro y este de Europa, a varias de África y Asia y a alguna de América. Pero ese enfrentamiento entre el constitucionalismo y las doctrinas totalitarias es simplemente la demostración de una constante en la historia de la vida del hombre que es la lucha por la libertad.

Así, en la culminación del siglo XX, y como consecuencia de esa lucha, pudimos presenciar un fenómeno que no era racionalmente previsible a comienzos de su segunda mitad. Se trató de la caída estrepitosa del régimen totalitario imperante en la Unión Soviética y en aquellas naciones europeas y asiáticas que estaban sujetas a su dominio. La aparente solidez de ese régimen fue paulatinamente carcomida por diversos factores, entre los cuales se destacó el desarrollo del pluralismo gestado por las novedosas técnicas de comunicación social, que demostraron ser mucho más eficientes que la fuerza de las armas.

Sin embargo, y considerando al mundo como unidad de análisis, no se trata de un proceso lineal sino de una evolución carente de uniformidad en todas las naciones. La creciente interdependencia de las naciones, la creación de entidades internacionales y los proyectos para concretar entidades supranacionales conforme a los valores del movimiento constitucionalista, no fueron impedimentos para la recreación de ciertos gérmenes neautoritarios que tipifican a las autocracias subsistentes a comienzos del siglo XXI, y a la proliferación institucionalizada de grupos terroristas basados sobre el nacionalismo y las concepciones teocráticas.

De todas maneras, las organizaciones políticas autoritarias y neautoritarias tienden, progresivamente, a ser sustituidas por conformaciones democrático-constitucionales en un marco de transición cuya celeridad depende de la evolución cultural encaminada hacia la adaptación y comprensión de los valores democráticos, tanto en la esfera pública como en la vida privada. Precisamente, esa formidable expansión del movimiento constitucionalista permite vislumbrar su proyección, a corto plazo, sobre otras áreas donde perduran, con relativa firmeza, regímenes basados sobre concepciones transpersonalistas que desconocen la libertad y dignidad de los individuos.



## 19. TÉCNICAS DEL CONSTITUCIONALISMO

El movimiento constitucionalista, que supo dar al sistema democrático su contenido esencial, se asienta sobre dos pilares.

Uno de ellos es el imperio de la ley, principio resultante de la doctrina del Estado de Derecho que subordina a gobernantes y gobernados a una misma norma jurídica por encima de toda voluntad personal. Pero esa subordinación no se concreta frente a cualquier ley, sino respecto de aquella que refleja los fines humanistas del constitucionalismo.

El segundo, concentra la titularidad del poder en la comunidad, lo cual significa negar a una persona o a un grupo de personas toda posibilidad de regir los destinos de una nación sin su consentimiento expreso y permanente colaboración.

A estos dos pilares se añade la firme integración de los Estados en el orden internacional para preservar las libertades individuales y sociales, consolidar la paz, y concretar una convivencia armónica bajo la directriz del movimiento constitucionalista.

Para afianzar esos fundamentos, para que sean una realidad, el constitucionalismo se vale de una serie de técnicas que pueden ser sintetizadas en cuatro:

- 1) La supremacía de la constitución, que significa concebir a ésta como un conjunto fundamental de normas, en la cual encuentran su origen y validez las restantes disposiciones normativas destinadas a reglamentar sus preceptos. Principio este último que tiende a extenderse a los ordenamientos jurídicos internacionales.
- 2) La distinción entre la función constituyente y las funciones ordinarias del gobierno, a fin de brindar rigidez a las normas superiores que contribuyen a dotar de seguridad a los derechos individuales y sociales frente a la acción ordinaria gubernamental.
- 3) Separación y control de los órganos del poder para evitar su ejercicio abusivo a través de la concentración de su ejercicio en un solo órgano gubernamental. Es el esquema desarrollado del principio de la separación de los poderes propuesto por John Locke sobre la base de un jusnaturalismo que presenta una raíz tomista y neoescolástica (42).

---

(42) RODRÍGUEZ VARELA, ALBERTO, *La neoescolástica y las raíces del constitucionalismo*, p. 269, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires 2005. El autor nos recuerda que LOCKE, en el capítulo XI de su

- 4) *Designación de los gobernantes por elección a través de un cuerpo electoral fundado sobre la universalidad y la igualdad del voto, para dar así una respuesta a los dos interrogantes fundamentales que presenta toda sociedad política: ¿quién designa a los gobernantes?, y ¿cómo son designados los gobernantes?*

La aplicación de tales técnicas determina la tipificación de un sistema democrático constitucional cuya vigencia, en cada caso concreto, se verifica a través de:

- 1) *El reconocimiento de los derechos fundamentales del ser humano como finalidad suprema y última de la organización política.*
- 2) *La aceptación de una idea política dominante por la comunidad que le atribuye el carácter de efectivo y real titular del poder.*
- 3) *La limitación y control del poder estatal.*
- 4) *La juridicidad, que impone a gobernantes y gobernados el deber de actuar dentro del cauce de la ley.*
- 5) *El principio de legalidad, conforme al cual todo acto estatal que interfiera con la libertad del individuo debe fundarse sobre una norma legal que jamás podrá tener un alcance tal que importe la desnaturalización de aquélla.*

Históricamente ha quedado demostrado que la democracia constitucional es el menos imperfecto de los sistemas políticos que conoció la humanidad, y que todos los intentos practicados para sustituirla han conducido a la degradación espiritual de los pueblos obligados a soportar las elucubraciones de sus teóricos.

Es cierto que la democracia, como todo sistema creado por el ser humano, es esencialmente imperfecta y que jamás alcanzará esa perfección. Frente a este hecho, es inmenso el daño que le ocasionan al sistema constitucionalista aquellos idealistas que nos lo presentan como un sistema carente de defectos, como también aquellos teóricos que pretenden perfeccionarlo ideando técnicas e instituciones desconectadas de la realidad.

Sin embargo, la imperfección de la democracia no justifica un tipo pasivo de conducta y así el hombre, impulsado por una fuerza

natural inagotable, procura aferrarse a un estilo de vida donde imperen la tolerancia y el respeto, la libertad y la dignidad, la responsabilidad y la eficiencia.

Esa conducta, si bien puede no conducir al perfeccionamiento de la democracia, estará al menos encaminada hacia su consolidación con la imprescindible ayuda de la educación cívica y la vigencia del principio que impone la idoneidad de los gobernantes. Esto posibilitará que esa concepción democrática sea real y no formal, espontánea y no coactiva, permanente y no transitoria. La consolidación del sistema constitucionalista siempre estuvo y está condicionada al suministro de los recursos que permitan rechazar los embates de aquellos que la repudian.

El establecimiento o la consolidación de un sistema constitucionalista no es una tarea sencilla ni depende de la voluntad del legislador. Mediante una ley o una reforma constitucional jamás se conseguirá instaurar una auténtica democracia. Para ello, deberán cumplirse ciertas condiciones por parte de los ciudadanos.

Sobre todo, se requiere cierta cultura política, una adecuada visión de conjunto de la política, del bien común y un elevado sentido de responsabilidad que se traducirán en el surgimiento de dirigentes idóneos, ya que éstos, en definitiva, no pueden ser mejores ni peores que la comunidad de la cual provienen. Es que cuando el pueblo y sus dirigentes carecen de una firme convicción arraigada en el humanismo, la debilidad de la democracia es manifiesta y su instauración o fortalecimiento no se conseguirán mediante la fuerza ni con simples reformas legislativas.

Cabe preguntar, ¿cómo lograr un sistema constitucionalista estable que permita alcanzar la paz y la prosperidad, tanto espiritual como material? Se podrá contestar que mediante elecciones y aceptando el gobierno que elija libremente la mayoría. Sin embargo, las múltiples experiencias que por esta vía han desembocado en el fracaso nos hacen ver que no es tan fácil la aplicación de este procedimiento formal, ni mucho menos es seguro que él pueda conducirnos a la consolidación de la democracia constitucional.

La técnica electoral sólo puede resultar eficaz si previamente se da cumplimiento a una serie de presupuestos, como son la vigencia del pluralismo basado sobre la tolerancia, la seguridad en el respeto de la ley, la responsabilidad en el cumplimiento de los deberes políticos y sociales, la idoneidad de los gobernantes, la preocupación de los grupos políticos por el bien común y no solamente por la conquista o control del poder, y un desarrollo económico del cual participan todos los sectores sociales.

Claro está que la concreción de tales objetivos no puede ser inmediata. Requiere de un proceso de transición y adaptación a una convivencia libre y responsable, con una constitución quizás parcialmente nominal. Pero sin ellos, de nada vale preocuparse por los aspectos formales de la democracia que, inevitablemente, por sí solos conducen al engaño y a la frustración.

## 20. CICLOS POLÍTICOS

La estabilidad que, en algunos casos desde hace siglos, disfrutaban ciertos sistemas constitucionalistas, es un ideal cuyo logro puede concretarse por los medios adecuados. Tales medios deben apuntar a los ideales permanentes de la existencia humana, dotando a la comunidad de la cultura democrática necesaria que le haga comprender y valorar la trascendencia que reviste el vivir en libertad y con dignidad. Caso contrario, se presentará el campo propicio para el desarrollo del germen de la indiferencia, de la insensibilidad política y del miedo a convivir libremente con responsabilidad.

La inexistencia de una apropiada cultura cívica es, precisamente, lo que permite la producción de ciertos fenómenos políticos que atrofian todo intento por instaurar un sistema democrático constitucional.

Tales fenómenos son los siguientes:

- 1) Inexistencia de elecciones generales o parciales durante lapsos prolongados, lo que impide a los ciudadanos expresar su voluntad participando activamente en la vida política y con la continuidad necesaria.
- 2) Las rupturas del orden constitucional, que generan una sensación de impotencia e inseguridad en los ciudadanos que los aparta de la política y rodea a quienes aspiran a gobernar de valores negativos que se reflejan en la burla y la falta de respeto al principio de autoridad.
- 3) El temor que siente la persona por asumir responsabilidades pues, precisamente, uno de los mayores riesgos que enfrenta el sistema democrático constitucional, reside en que el ser humano carente de cultura cívica procura desligarse de responsabilidades sociales transfiriendo la solución de sus problemas a personalidades dominantes, conducta que caracteriza a los componentes de una sociedad de masas (43).

---

(43) SEYMOUR MARTÍN LIPSET, *El hombre político*, p. 163, ob. cit.

- 4) Ausencia de notas representativas en las fuerzas políticas y, en particular, en los partidos políticos debido a la estratificación social de su dirigencia.
- 5) Ausencia de libertad en el proceso político e imposición de trabas para el acceso de los ciudadanos.
- 6) Escasa, incompleta o falsa información sobre los problemas políticos y sociales.
- 7) Carencia de idoneidad en los gobernantes y dirigentes de los grupos sociales para implementar la libertad y dignidad en la convivencia cotidiana.

Algunos de estos factores ejercen mayor gravitación que otros, pero en conjunto reflejan un estado de incultura cívica, que genera el riesgo de que los gobernados seleccionen o acepten como gobernantes a las figuras ofrecidas por los audaces sin verificar su aptitud para gobernar y sin exigir que acrediten tal aptitud (44).

El estado de incultura política permite verificar y comprender, en el seno de las sociedades modernas en transición, la presencia de dos especies de ciclos políticos cuya brevedad y antagonismo impiden la formación de gobiernos estables, la expresión de políticas uniformes y la consolidación del constitucionalismo. Precisamente, la inestabilidad es propia de aquellos pueblos que carecen de una personalidad política definida, oscilando entre la democracia y el autoritarismo o el neoautoritarismo.

El primero de estos ciclos, de carácter formal, se expresa de manera pueril. Es el fervor por la democracia concebida, no como forma de relación humana, sino como una lucha abierta por el poder. El hombre se conforma con el aparente funcionamiento de las instituciones políticas sin verificar las fallas que presenta su estructura si se la aísla de su contenido sustancial. Este ciclo expresa simplemente una aspiración, un deseo por ver cristalizadas dichas instituciones, aunque sin hacer referencia a la finalidad perseguida con la institucionalización. Es que la institucionalización no es una meta para la democracia constitucional, sino solamente un medio para alcanzar un fin superior: consolidar la dignidad de las personas en el marco de una vida en libertad.

---

(44) GIOVANNI SARTORI señala que "la frecuencia con que la probabilidad matemática ha llevado a ocupar puestos oficiales a individuos ineptos o irresponsables puede equipararse a la frecuencia con que las democracias del siglo XX han resucitado el culto del hombre enviado por la Providencia" (*Aspectos de la Democracia*, p. 121, Ed. Limusa Wiley, México 1965).

Este ciclo es generado por una especie de pensamiento para el cual el conocimiento, la educación, la vida, la libertad y todos los valores morales no son fines últimos, sino instrumentos de dominio. Son simples técnicas destinadas a saciar la vasta fantasía y ambición de poder que tienen sus protagonistas. El contenido de este ciclo puede ser positivo si sus valores se aplican en forma total. Es positivo si no se limita a consagrar la vigencia de las instituciones políticas democráticas, sino también a consolidar la democracia como forma de vida. En cambio, limitado al primer aspecto, está acompañado por el caos, germen que desencadena necesariamente el ciclo opuesto.

El segundo ciclo está personificado por el hombre autoritario. Mientras que en el primero se expresa el hombre formalista, en el segundo se desenvuelve aquél que, invocando una especie singular de realismo, reniega de los valores constitucionalistas procurando ordenar la vida social conforme a reglas ideales del deber ser como si fuera un juego de laboratorio. Se trata de una etapa dirigida por individuos intolerantes, con un concepto elevado sobre sus propios dones, que se apartan de lo concretado políticamente y que aspiran a aplicar autoritariamente una serie de principios ideales desconectados de la realidad, con el total convencimiento de que ellos responden a los anhelos del pueblo. Son conductores de masas y no de un conjunto de personas libres.

La experiencia resultante de esta inestabilidad política, de esta permanente sucesión de ciclos opuestos y contradictorios, tan frecuentes en muchos países americanos y a fines del siglo XX en aquellos que estuvieron sujetos al yugo de la Unión Soviética en Europa y Asia, revela la conveniencia de aplicar dos remedios.

Uno de ellos es la participación política, la necesidad de mantener en vigencia los canales apropiados para que exista una comunicación eficiente entre gobernantes y gobernados, para que el aislamiento de unos no impulse a la arbitrariedad de los otros.

Aquí se destaca el papel primordial que desempeñan los partidos políticos como instrumentos útiles para el funcionamiento del mecanismo democrático. Ello no importa asignarles el carácter de panacea democrática. La democracia no comienza ni termina con los partidos políticos, ya que éstos simplemente constituyen una solución técnica para el funcionamiento del sistema democrático constitucional. Por eso, si bien es un grave error prohibir el funcionamiento de los partidos políticos, tampoco es conveniente ubicarse en el polo opuesto, propiciando la partidocracia y asignándoles el monopolio de la vida política, particularmente en el proceso de selección y formulación de las candidaturas para los cargos públicos.

El segundo remedio es la idoneidad de los dirigentes (45), debido a los riesgos que genera para la sociedad la desjerarquización de la actividad política por una errónea selección de los mismos.

La carencia de idoneidad en los dirigentes favorece el surgimiento, en los grupos de opinión, de una idea negativa que se extiende a todos los interesados en participar activamente en la política. La incapacidad o la inmoralidad de ciertos dirigentes determina, frecuentemente, la generalización del concepto desprestigiando a la función pública.

Como históricamente la sustitución de los sistemas autocráticos por los democráticos obedeció a la necesidad de guiar a la sociedad por imperio del mérito, este requerimiento crea una constante en la democracia, traducida en el deber de seleccionar a los más aptos para gobernar.

La adecuada selección de los dirigentes y la negación del monopolio de los partidos políticos en las relaciones del poder, no son suficientes para asegurar la vigencia de una democracia constitucional. Como en definitiva el ser humano es el artífice de la vida política, y no los sistemas ni las instituciones ni las leyes, de él dependerá que se cumpla aquel objetivo.

## 21. EDUCACIÓN PARA LA LIBERTAD

Tal circunstancia revela la trascendencia que tiene la educación en general, y en particular la educación cívica, como presupuesto cultural para contrarrestar uno de los peligros decisivos para la democracia, que es la ignorancia.

Juan Bautista Alberdi describió con agudeza que *"el sufragio de la multitud, donde la multitud es incapaz de sufragar porque ha mamado la obediencia inerte, no puede producir otro resultado práctico que poner el gobierno del país en manos de los menos dignos, de los más audaces y más hábiles para arrancarle su voto, por coacciones y artificios finos, que le dan aire de un sufragio libre, pero que en realidad son votos arrebatados por el fraude. Todo país gobernado por la multitud ignorante en las prácticas de la libertad, lejos de tener a su cabeza los*

---

(45) ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN, *El requisito de la idoneidad para el ejercicio de la función pública representativa*, Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1978.

*mejores hombres del país, tiene infaliblemente los mayores intrigantes y bribones*"(46).

Cuando una década después de haber concluido la Primera Guerra Mundial se experimentó el fracaso estrepitoso de los intentos por establecer el sistema constitucionalista en varios países europeos, con el consiguiente surgimiento de los sistemas autocráticos, muchos pensaron que la fuerza avasalladora de estos últimos pondría punto final al ideal democrático, y la secuela de tal pensamiento llegó a cobrar cuerpo en nuestro hemisferio a partir de 1930.

Sin embargo, esa luz que abriga la democracia constitucional y la racionalidad de sus principios, acordes con la naturaleza humana, hicieron fracasar tales presagios. Las nuevas circunstancias históricas contribuyeron en casi toda Europa a un cabal funcionamiento de la democracia, incluso en aquellos países donde se había experimentado su fracaso, tales como Alemania, Italia, Portugal y España. Otro tanto aconteció en los Estados europeos y las naciones que, durante varias décadas, fueron esclavizadas por el totalitarismo irracional de la Unión Soviética.

Tal resultado, más que a las reformas constitucionales o legislativas, se debió al profundo cambio operado en la mentalidad de la población, debido a la difusión de las ideas democráticas por los novedosos medios técnicos de comunicación social. Es que las características culturales de la sociedad son determinantes del grado de efectividad del sistema democrático. La más perfecta armazón constitucionalista puede fracasar en la práctica si desconoce las modalidades culturales de la comunidad para la cual fue creada.

Aunque el sistema democrático esté establecido por la constitución de un país para todos los planos de la vida social, no quiere decir esto que la estructuración de la democracia pueda considerarse concluida. En muchos casos la población debe evolucionar paulatinamente para habituarse a las formas democráticas de vida, asimilándolas a su idiosincrasia particular. Como la vida política integra la vida social, el sistema democrático no será auténtico sino cuando la comunidad aprenda a proceder democráticamente en su vida privada. Debe aprender a escuchar la opinión ajena por diferente que ella sea de la propia, a comprenderla y respetarla aunque no la pueda compartir, a ser tolerante. Y ello es así, porque solamente puede gobernar en común aquel pueblo que es capaz de convivir deliberando en común.

---

(46) JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Obras Selectas*, t. I, p. 193, Ed. Librería La Facultad, Buenos Aires 1920.



La educación en general, y la educación cívica en particular, suscitó una intensa preocupación en los constituyentes de 1853/60. Comprendían que la concreción del ambicioso plan de convivencia democrática que habían volcado en el texto de la Ley Fundamental, estaba supeditado a la educación. A una educación para la libertad responsable, con todos los derechos y deberes que acarrea.

Vanossi (47) nos recuerda la preocupación que, en tal sentido, expuso Justo José de Urquiza, cuando creó el Colegio de Concepción del Uruguay en la provincia de Entre Ríos. Colegio, en cuyas aulas, se educaron cívicamente varios protagonistas fundamentales de la política argentina, tales como Julio A. Roca y Victorino de la Plaza. A ello se añadió su aporte para la fundación del diario "La Capital" de Rosario, como instrumento de información y formación ciudadana del público en general. Otro tanto Bartolomé Mitre con sus páginas sobre la enseñanza moral que se nutrieron en el pensamiento de Esteban Echeverría. El plan de gobierno, basado sobre la educación, que forjó Domingo Faustino Sarmiento quien, al cesar en la presidencia de la República, aceptó, con honor, el cargo de Director de Escuelas de la Provincia de Buenos Aires. Otro tanto Nicolás Avellaneda que, después de ejercer la primera magistratura, fue presidente del rectorado de la Universidad de Buenos Aires. Joaquín V. González, cuyo célebre "Manual de la Constitución Argentina", fue el texto utilizado para la instrucción cívica en la escuela secundaria.

Esa obsesión por elevar constantemente los niveles de la educación de los argentinos, recuerda Vanossi, era similar al que exteriorizaron en los Estados Unidos de América los Stanfford, Rockefeller, Cabot o Lodge, quienes "dieron gran parte de su fortuna, y a veces casi toda ella, para fomentar ese tipo de actividades".

Compartimos plenamente la conclusión de Vanossi: "Así como se ha dicho que no hay democracia sin demócratas o que no hay participación sin participacionistas, yo agregaría que no hay república sin ciudadanos y no hay ciudadanos sin instrucción cívica. Mientras no se enseñe o reenseñe la instrucción cívica como fue otrora, no habrá realmente el grado de preparación que necesitamos".

El auge del materialismo desprovisto de una finalidad espiritual, el logro de los objetivos personales al margen de la ley, la ambición desmedida alejada del bien común, la cultura burguesa post napoleónica, el imperio de la fuerza bruta sobre la razón y el diálogo inteligente, son todos ellos factores que conspiran y corroen la for-

---

(47) JORGE R. VANOSSÍ, *Como incide la decadencia de la educación cívica en el deterioro de la credibilidad institucional*, LA LEY, 2003-C, 1103.

mación cívica, conduciendo al empobrecimiento espiritual de la sociedad y a la desarticulación de una auténtica democracia. El hombre debe comprender que, para vivir en democracia, hay que asumir la carga de ciudadano y dejar la comodidad del mero habitante.

Las técnicas aplicables en los sistemas democráticos están diseñadas para sociedades cuyo nivel cultural y educacional tiende a aumentar. De aquí se desprende la necesidad de fomentarlas, procurando despertar un interés racional y no meramente emotivo en los hombres por los fenómenos políticos. Esa necesidad de educar para la libertad, se manifiesta desde la niñez y su intensidad no debe decrecer con el transcurso del tiempo sino, por el contrario, debe incrementarse para que los educandos puedan percibir el rol decisivo que desempeñan en una sociedad democrática, para que tengan responsabilidad cívica, para que conozcan y comprendan la importancia de una constitución y de los valores fundamentales que la nutren. Sólo así, a través de la educación, el conjunto de ciudadanos dejará de ser una masa para alcanzar la dignidad de un pueblo.

Segundo V. Linares Quintana enseña que *"la ignorancia de un pueblo, o la semignorancia quizás más temible que aquélla, genera el clima propicio para el desarrollo del virulento y funesto germen del despotismo. Si los ciudadanos no son educados para la libertad serán siempre masa y nunca pueblo; rebaño que seguirá ciegamente a cualquier mal pastor; serán espectadores pasivos y no protagonistas de la gesta cívica"*(48).

La tarea educadora corresponde tanto a las entidades intermedias como a los medios técnicos de comunicación social, a los partidos políticos, a la escuela, a la universidad, e incluso a todos los ciudadanos. Pero, en particular, incumbe al Estado, quien por disponer de los recursos necesarios podrá realizar una campaña eficaz, informando e instruyendo a la comunidad sobre las razones históricas, políticas y jurídicas que determinan la necesidad de preservar y consolidar un sistema democrático constitucional.

Sin embargo, la experiencia revela que la participación de los ciudadanos en el proceso del poder no siempre es consecuencia de la educación, sino de campañas de adoctrinamiento desarrolladas por el gobierno.

Tal es lo que acontece en los sistemas autocráticos, donde deliberadamente se confunde el proceso cultural con la imposición de

---

(48) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, p. 743, ob. cit.

comportamientos que excluyen el análisis individual. En tales regímenes, el aparato gubernamental pone en funcionamiento intensas campañas de propaganda a fin de predisponer a los individuos hacia una conducta acorde con el totalitarismo. Se pretende privar a los individuos y a los grupos sociales de la capacidad de raciocinio imponiéndoles una forma de pensamiento para la acción traducida en la violencia y el desconocimiento de los derechos humanos. El éxito de tales campañas está supeditado a una endeble educación cívica y a un debilitamiento del carácter colectivo, cristalizado en el surgimiento de líderes que relegan a un plano secundario el funcionamiento de las instituciones propias de una sociedad pluralista.

La educación cívica del pueblo, el conocimiento de su razón de ser, de sus problemas y soluciones, de sus metas y recursos, integra la esencia del sistema constitucionalista, que requiere la capacitación de la comunidad para asumir su defensa y evitar así su vejación por obra de las doctrinas mesiánicas.

Destaca Juan R. Aguirre Lanari que *"no basta pues, para la afirmación de la democracia, con la instrucción, ni siquiera con erigir instituciones formales encuadradas en aquélla. Se necesita una cultura consubstanciada con la misma, para un funcionamiento eficiente que evite despeñarse en dolorosos resultados"* (49).

Bien se ha dicho que, "si realmente queremos desenvolvernos dentro de una democracia, es a la educación y a la instrucción cívica donde debe el Estado volcar sus mayores esfuerzos en el futuro, ya que con una rigurosa observancia de las austeras prescripciones del sistema republicano de gobierno no tendrían lugar ni la abominable censura previa, ni la ostentación, ni el exhibicionismo impúdico, ni el incorrecto funcionamiento de los poderes del Estado, que siembran desazón y engendran más que lógico malhumor en la sociedad" (50).

---

(49) JUAN R. AGUIRRE LANARI, *La educación ciudadana y otros presupuestos de las instituciones democráticas*, Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1978.

(50) GUILLERMO IGNACIO, *El precio de informar*, La Nación, Sección Enfoques, 2 de febrero de 1997.

## CAPÍTULO II

# LA CONSTITUCIÓN

### 22. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

El concepto de *constitución* no es sinónimo de *Derecho Constitucional*. Generalmente, y debido a la aplicación excluyente del enfoque jurídico, el concepto de constitución suele ser identificado con el concepto de Derecho Constitucional. Sin embargo, y a pesar de tratarse de vocablos que están estrechamente vinculados entre sí, ellos definen universos diferentes.

El Derecho Constitucional es una disciplina científica que tiene por objeto el estudio de la constitución y de las instituciones políticas, estén o no previstas en un texto constitucional. Abarca los contenidos del orden constitucional y del orden político.

Ese objeto del Derecho Constitucional incluye el estudio de la constitución, pero no se agota con ella, porque se proyecta sobre las instituciones políticas extraconstitucionales y sobre la realidad política, cuya composición no siempre coincide con la que debería resultar de la estricta aplicación del orden jurídico previsto en la constitución.

La palabra *constitución* tiene varios significados, aunque no todos ellos de interés específico para el Derecho Constitucional.

Un primer significado, sumamente genérico, engloba a las diversas acepciones particulares. En este sentido amplio, todo cuerpo u organismo, individual o social, toda organización o entidad, cualquiera sea su naturaleza, tiene una constitución. El vocablo apunta a la composición y organización de la unidad de análisis, en la medida en que todo conjunto de elementos relacionados entre sí dispone de una constitución, que determina la vinculación armónica entre ellos, que posibilita su fusión y la consecuente organización generadora de una entidad distinta de la mera suma de los elementos que la componen.

Pero en el ámbito del Derecho Constitucional, el concepto de constitución que integra parcialmente su objeto de estudio, está limitado a una especie particular de organización que es la composición de la organización política global.

Esta primera aproximación, para determinar el concepto de constitución que interesa al Derecho Constitucional, no es suficiente. Es que, en el marco de una organización política global, la palabra *constitución* puede tener diversos significados, forjados por elementos jurídicos, sociológicos, psicológicos, históricos, culturales, económicos, que desembocan en la formulación de una amplísima gama de conceptos. Es así que, con referencia al Estado, frecuentemente se alude a su constitución jurídica, sociológica, histórica, cultural o económica. Sin embargo, la totalidad de tales conceptos de constitución no estará inserta en el ámbito del Derecho Constitucional. Solamente lo estarán aquellos que importen la exteriorización del poder político de la organización global en el plano del orden constitucional o del orden político, ya sea en una acepción genérica o específica.

En sentido genérico, una constitución es el acto formativo o fundacional de una organización política global, que define las reglas de juego bajo cuya vigencia se desarrollarán las relaciones del poder político y la convivencia social. La constitución es la unidad orgánica de la organización global y el modo en que se operará su funcionamiento.

En cambio, en sentido específico, la constitución es el fundamento axiológico de la organización global, plasmado en los grandes fines asignados a la misma.

Mientras que en sentido genérico la constitución es la forma de la organización, en sentido específico se refiere al objeto de la organización, con su infinidad de instrumentos, mecanismos y técnicas establecidas para su concreción.

Tanto el sentido genérico como el sentido específico, son abarcativos de varios significados que cabe asignar al concepto de constitución y que, a pesar de su pluralidad, resultan insolubles para su tipificación en el marco de la realidad política.

Así, el vocablo puede definir al conjunto de las normas jurídicas fundamentales que regulan la sociedad política global, la organización del poder para la concreción de los fines de esa sociedad y los elementos de interrelación que determinan la creación, subsistencia y desarrollo de una comunidad política.

Estos tres conceptos, que en la realidad política son inseparables, permiten, en forma simultánea, que la constitución sea conce-

bida como un documento jurídico fundamental, como un instrumento de gobierno y como un símbolo de la unión social o de la comunidad nacional. De tal manera, la fusión de estos conceptos permite determinar, en la realidad política, la presencia efectiva de una constitución con el sentido y la fuerza que le asigna la ciencia política. Y esa manifestación se hace efectiva tanto en un sistema político democrático como en uno autoritario, aunque sus contenidos varíen.

Como documento jurídico fundamental, la constitución consiste en la regulación normativa básica de la cual emana la validez de todo el ordenamiento jurídico de una sociedad política. Esa regulación normativa no es todo el ordenamiento jurídico, sino solamente el que prescribe los lineamientos para la organización y ejercicio del poder, y las instrucciones sobre la forma en que deberán ser encauzadas las relaciones sociales. Es la unidad orgánica que determina las modalidades con que deberá ser estructurada la sociedad política, y la forma bajo la cual deberá desenvolverse la convivencia social. El desarrollo de esos lineamientos está a cargo de normas jurídicas de jerarquía inferior que no integran el concepto de constitución.

En ese documento jurídico se determinan cuáles son las instituciones del poder; se regula el acceso, la distribución, el ejercicio y el control del poder, y se establecen o reconocen las libertades y derechos de las personas, así como también las garantías que las amparan.

En su significado jurídico, la constitución le otorga una estructura normativa a la organización política global, ordenando el poder, su ejercicio y los procedimientos idóneos para la formulación del resto del ordenamiento jurídico. Lo hace mediante la caracterización de los órganos gubernamentales, de su integración y relaciones, así como también enunciando las libertades y derechos de los seres humanos y regulando las relaciones entre gobernantes y gobernados.

Esta concepción jurídica de la constitución es la que usualmente se forja en la mente de quien hace referencia a ella. El concepto de constitución se asocia con el texto escrito de una ley fundamental a la cual se le asigna ese nombre.

Pero la constitución no es solamente un documento jurídico básico, sino también un instrumento de gobierno que prescribe de manera concreta cuál es la finalidad de la organización política y cuáles son los caminos que se deberán seguir para alcanzarla. Con este significado, en la constitución están expresados jurídicamente los grandes fines políticos de la sociedad y los procedimientos articulados para su concreción.

Una constitución real y efectiva se dicta con la finalidad de ordenar jurídicamente la convivencia social, proyectando al ámbito normativo la idea política dominante en la sociedad que determinó su creación. Para ello, prevé los instrumentos que permitirán forjar las políticas globales y su ejecución concreta, requiriendo, tanto de gobernantes como de gobernados, el fiel acatamiento de sus disposiciones y espíritu.

En este significado político, la constitución es un auténtico plan o programa de gobierno, al cual deberá ceñirse el comportamiento social para realizar los objetivos determinantes de la creación de una organización política global. La constitución refleja el cómo y el para qué fue establecida esa organización, indicando el curso de acción que deberán seguir los detentadores del poder y los mecanismos que habrán de aplicar para el logro de la finalidad constitutiva de la sociedad.

Una constitución, además de ser un documento jurídico fundamental y un instrumento de gobierno, es también un símbolo de la unión nacional. En este sentido, el concepto de constitución está integrado por un elemento que no se presenta en otros ordenamientos normativos: es un símbolo de la nacionalidad que refleja el sentimiento del elemento humano de la organización política global, interpretando en forma concreta su manera de ser y de sentir.

La aceptación de ese carácter simbólico le asigna legitimidad a una constitución. Esto último, generalmente acontece cuando se sanciona una nueva constitución satisfaciendo una intensa demanda social en tal sentido, o cuando con motivo de su perdurabilidad es conocida y respetada por el hombre común, quien acepta su vigencia con todas sus ventajas y desventajas. Con mayor razón, cuando el texto constitucional se dicta con motivo del nacimiento de un Estado y fue fielmente acatado por varias generaciones que vieron colmados sus anhelos por la aplicación de las cláusulas de esa ley fundamental.

En ciertas oportunidades, la legitimidad de origen se diluye con el transcurso del tiempo afectando el prestigio de una constitución y, por añadidura, su carácter simbólico. Tal situación puede ser provocada por diversos factores.

Uno de ellos consiste en el excesivo tecnicismo o la injustificada extensión de las constituciones (51). En tales casos, el ciudadano se

---

(51) Una muestra elocuente son la totalidad de las constituciones provinciales y, en particular, el Estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

desatiende de su comprensión, quedando ella reservada a juristas especializados que no siempre son idóneos en el arte de la comunicación popular. La constitución se transforma en una especie de misterio, en algo intangible e ininteligible para el ciudadano y, su despreocupación, desemboca en una actitud de indiferencia frente a los eventuales incumplimientos de los preceptos constitucionales (52).

Otro factor reside en la manipulación que, del texto constitucional, suele efectuar la dirigencia política. A fin de satisfacer sus intereses de política agonal, no tienen reparos en exigir un cumplimiento ortodoxo de la constitución para, poco tiempo después, incurrir en interpretaciones arbitrarias de sus cláusulas o propiciar su suspensión invocando situaciones de emergencia o gravedad institucional.

La incongruencia de tales conductas provoca un signo de interrogación en la ciudadanía y la induce a aceptar que el incumplimiento de las leyes no es un pecado capital que pueda alterar la convivencia social. En definitiva, se admite que la constitución está subordinada a los hechos políticos, conclusión que priva a aquella de una legitimidad democrática.

También advertimos la existencia de constituciones plagadas de expresiones de deseos, conformando un catálogo inagotable en el cual se aseguran los más variados derechos de manera explícita. La constitución es presentada como una panacea que, por sí sola, cubre las necesidades laborales, alimentarias, educativas, habitacionales, de salud y de progreso de todos los ciudadanos. Pero, en la práctica, ya sea por la impericia de los gobernantes o por la imposibilidad fáctica de concretar tales objetivos, la promesa se transforma en una quimera. En tales casos, la ingenuidad de los constituyentes hace de la constitución un simple pedazo de papel con la consiguiente frustración para los gobernados. En tales casos, la desarmonía forja en los ciudadanos la tentación de *"escapar de un orden constitucional que no puede satisfacer sus necesidades para caer en las panaceas escatológicas de las flautas mágicas de los cazadores de ratas"* (53).

Por más perfecta que sea técnicamente una constitución, estará destinada al fracaso si no responde a los valores históricos y políticos de las personas cuyas conductas aspira a encauzar. Cuando una constitución no se integra cabalmente, en forma expresa o implícita,

---

(52) JORGE R. VANOSI, *Breves reflexiones sobre forma y estilo en la interpretación judicial de la Constitución Histórica*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires 2003.

(53) KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 230, ob. cit.



con los principios de los cuales resulta la unidad espiritual y política de un pueblo, que determinan la legitimidad del sistema constitucional, podrá tener validez jurídica, pero estará desprovista de validez axiológica al no representar a la comunidad nacional.

Toda sociedad presenta características y conductas típicas, costumbres y tradiciones, ideales y anhelos, valores espirituales y materiales que deberán ser correctamente interpretados y sistematizados por el constituyente en un molde que configure su esencia e individualidad, distintivas de otras sociedades políticas.

Con referencia a la Constitución Nacional, Segundo V. Linares Quintana destaca que ella *"no es el resultado milagroso de una elucubración genial de sus autores. Es el fruto laboriosamente gestado en largos años de lucha y sacrificio. A través de las breves y pequeñas páginas de nuestro código político, flota el recuerdo imperecedero de la sangre, sudor y lágrimas de varias generaciones de argentinos. Cada uno de sus artículos, cada una de sus cláusulas, cada una de sus palabras, tiene profundas raíces en el pasado histórico de la Nación. Es por eso que como un roble añoso, vivificado por extensas y ramificadas raíces, la Constitución ha perdurado tantos años sin agrietarse ni envejecer, e ilumina al pueblo argentino el único sendero por el cual ha de seguir su marcha ascendente en el concierto de las naciones libres y civilizadas de la tierra"* (54).

Tal es el sentimiento constitucional de un pueblo, que trasciende sobre las pasiones, rivalidades y tensiones que pueden existir en el seno de una sociedad, integrando a gobernantes y gobernados en un esquema común explicitado por su pasado, su presente y su futuro.

En definitiva, este concepto simbólico de la constitución es el resultado de una transacción de las diversas ideas e intereses particulares de los integrantes de una sociedad, que los proyecta al seno de una comunidad, de una empresa común que brinda legitimidad a la constitución.

Refiriéndose a este concepto, Juan María Gutiérrez, quien había integrado la Asociación de Mayo con Esteban Echeverría y Juan Bautista Alberdi, entre otros, expresó en el Congreso General Constituyente de 1852-1854: *"La Constitución no es una teoría, como se ha dicho; nada más práctico que ella; es el pueblo, es la Nación Argentina hecha ley y encerrada en ese código que encierra la tiranía de la ley, única a la que yo y todos los argentinos nos rendiremos gustosos"*.

---

(54) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Leyes, decretos y resoluciones del trabajo*, t. I, p. 1, Ed. Tea, Buenos Aires 1947.

El concepto de constitución está integrado por esos tres significados, y la conjunción de ellos se sintetiza en una organización simultánea de las formas normativas del poder (concepto jurídico), de su ejercicio y programa (concepto institucional) y de su origen y finalidad (concepto simbólico).

### 23. CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES

Las diversas clasificaciones que se realizan de los textos constitucionales responden al propósito de agruparlas en categorías determinadas para así facilitar su tipificación y estudio. Se trata de una labor doctrinaria que simplifica considerablemente la introducción al análisis empírico de las constituciones y sus estudios comparativos.

### 24. CONSTITUCIONES ESCRITAS Y NO ESCRITAS

De tales clasificaciones, la más tradicional y difundida es aquella que distingue las constituciones escritas de las no escritas.

Constituciones escritas son aquéllas cuyas disposiciones están contenidas en una o varias leyes que cumplen con las formalidades impuestas a ellas, y cuyo carácter fundamental deriva, entre otras circunstancias, de haber sido formuladas con el carácter de normas rectoras que condicionan la validez y vigencia de las restantes disposiciones normativas desprovistas de aquella fundamentalidad.

En cambio, las constituciones no escritas son aquéllas cuyos contenidos resultan de la costumbre y de actos de poder, sin que su carácter fundamental esté condicionado por la formulación escrita. Es posible que sus disposiciones, en algún momento, sean volcadas en un texto escrito, pero su calidad de normas constitucionales no dependerá de esa formalidad.

La clasificación de las constituciones en escritas y no escritas reviste mayor importancia histórica que científica, pues en la práctica no existe un sistema político relativamente estable que presente en su totalidad una constitución no escrita. Podrán carecer de una constitución codificada, pero el grueso de las normas fundamentales está expuesto en disposiciones que tienen jerarquía constitucional o que reproducen los contenidos de las costumbres constitucionales para facilitar su conocimiento.

La distinción entre constituciones escritas y no escritas fue gestada por el movimiento constitucionalista cuando, a fines del siglo XVIII, fueron redactadas las primeras constituciones modernas.

Se consideró, bajo la influencia del contractualismo y del jusnaturalismo, que era necesario documentar orgánicamente los mecanismos de limitación y control del poder para preservar la libertad y dignidad del ser humano.

Solamente mediante la forma escrita se podía afianzar la estabilidad del sistema y tornar perdurable la seguridad jurídica.

Para consolidar las reglas de juego básicas en una sociedad, se entendió que la manifestación escrita de los contenidos constitucionales resultaba indispensable para superar los riesgos de la inestabilidad, originados por toda modificación constitucional producida por las costumbres y prácticas políticas que, en la realidad, son muchas veces gestadas por los propios gobernantes mediante actos de autoridad destinados a brindar legalidad a su accionar.

Además, a la seguridad formal se añadiría la importancia de la solemnidad que presentan los documentos escritos en su carácter de compromisos formales, supremos y permanentes, asumidos por gobernantes y gobernados, para facilitar el conocimiento y el cumplimiento del texto constitucional (55).

Por otra parte, la concepción de la constitución escrita también fue importante para expresar doctrinariamente una de las técnicas elementales forjadas por el movimiento constitucionalista. Se trata de la distinción científica entre el poder constituyente y los poderes constituidos, como mecanismo indispensable para dotar de estabilidad formal al orden constitucional.

La perdurabilidad del orden constitucional, que impone la necesidad de colocarlo al margen de la influencia producida por las transitorias pasiones y presiones políticas, encuentra en la formulación escrita una herramienta eficaz para impedir la mutación constitucional gestada por los hechos políticos. Mutación que, en realidad, no es un cambio de la constitución, sino expresión de un proceso de desconstitucionalización.

## 25. CONSTITUCIONES CODIFICADAS Y DISPERSAS

Resulta mucho más práctica y realista la distinción entre constituciones codificadas y dispersas que, hasta cierto punto, es un desarrollo de la clasificación anterior.

---

(55) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, p. 112, ob. cit.

La constitución codificada es una especie de constitución escrita cuyos contenidos están sistematizados y consignados de manera orgánica en un documento jurídico único (56). Responde a una concepción mecanicista que contribuye a la seguridad jurídica y a la eficiencia del sistema constitucional, bajo la condición de que sus normas sean generales y flexibles.

En cambio, las constituciones dispersas son aquellas cuyos contenidos aparecen expuestos en una pluralidad de documentos jurídicos y costumbres carentes de organicidad, y que responden a una concepción evolutiva del sistema constitucional.

El ejemplo más relevante de una constitución dispersa es la Constitución inglesa que, erróneamente, es a veces calificada como constitución no escrita.

En realidad, la Constitución de Inglaterra es parcialmente no escrita y parcialmente escrita. Ella está compuesta por tres elementos.

En primer lugar, por el *common law*, que es el conjunto de costumbres aceptadas para regular las relaciones sociales y que están reconocidas por la jurisprudencia de los tribunales.

En segundo lugar, por el derecho legislado, que abarca las sanciones legislativas que regulan las relaciones entre los órganos gubernamentales, los acuerdos sobre principios constitucionales concertados entre la corona y el parlamento y las declaraciones de derechos, tales como la Carta Magna de 1215, la Petición de Derechos de 1628, la Declaración de Derechos de 1689 y el Acta de Establecimiento de 1701, a los cuales se añaden los tratados que rigen las relaciones entre el Reino Unido y el Commonwealth, como son las Actas de Unión con Escocia e Irlanda de 1707 y 1800, el Acta del Estado Libre de Irlanda de 1922 y el Estatuto de Westminster de 1931.

En tercer lugar, por las convenciones constitucionales que designan a las reglas acordadas para regir las prerrogativas de la corona y el procedimiento parlamentario.

Son varias las razones que condujeron a la mayoría de las organizaciones políticas globales a sancionar constituciones codificadas. Una de ellas, de raíz histórica, fue la necesidad de asegurar la exteriorización jurídica de una nueva idea política dominante en la sociedad, poniéndola a resguardo de sus adversarios.

---

(56) EDWARD MC. CHESNEY SAIT, *Political Institutions*, p. 314, Appleton Century & Co., Nueva York 1938.

Asimismo, cuando el surgimiento de aquellas organizaciones fue consecuencia de la unión operada entre sociedades políticamente independientes, se consideró que la perdurabilidad de ellas requería de un documento estable y fundamental a cuya luz pudieran ser fácilmente resueltas las controversias que se presentaran. Es así que en los Estados federales, como ser los Estados Unidos, Suiza, Argentina, Canadá y Australia, el nacimiento de la federación fue documentado en constituciones codificadas.

A estas razones se añade la ventaja que tienen las constituciones codificadas con respecto a su conocimiento y eficaz interpretación. Es mucho más sencillo conocer plenamente una constitución codificada y orgánica y, como consecuencia, distinguir las normas que son fundamentales de aquellas que se limitan a reglamentarlas y que, por ende, están subordinadas a las primeras. Todo ello repercute favorablemente para afianzar la seguridad jurídica.

## 26. CONSTITUCIONES RÍGIDAS, FLEXIBLES Y PÉTREAS

Otra clasificación de los textos constitucionales es la que distingue entre las constituciones rígidas, flexibles y pétreas. La diferencia entre ellas reside en el mayor o menor grado de dificultad para proceder a su reforma.

Constituciones rígidas son aquellas en las cuales está claramente expresada la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Su reforma solamente puede concretarse por obra de un órgano extraordinario y diferente al que tiene a su cargo el ejercicio de la función legislativa ordinaria, o mediante un procedimiento distinto y más complejo que el empleado por el órgano legislativo para la sanción de la legislación ordinaria. La casi totalidad de las constituciones modernas están incluidas en esta categoría, como acontece con la Argentina.

Constituciones flexibles son aquellas donde no aparece expresada la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Los poderes se confunden en la práctica jurídica. La reforma de las constituciones flexibles es realizada por el órgano legislativo ordinario, aplicando los mismos procedimientos y formalidades que para la sanción de las leyes ordinarias. Esto no significa que todas las normas tengan carácter constitucional y supremo, sino solamente aquellas que reciban esa calidad del órgano legislador. Este tipo de constitución, que es el vigente en Inglaterra, determina que en la práctica el término *constitución* designe a aquellos estatutos, documentos jurídicos y costumbres básicos sobre los cuales se susten-

ta el sistema político de un país, y cuya alteración no requiera la intervención de algún órgano especial o la aplicación de formalidades diferentes a las que rodean el accionar legislativo ordinario.

Para James Bryce, autor de la distinción entre las constituciones rígidas y las constituciones flexibles (57), la subsistencia de estas últimas está condicionada a: 1) el gobierno de una mayoría dotada de alta capacitación política y ética; 2) participación permanente y racional del pueblo en los temas políticos; 3) conformidad del pueblo con la conducción gubernamental.

Tales recaudos no son indispensables para la continuidad de una constitución rígida, siempre que sus cláusulas respondan a la idea política dominante y permitan satisfacer las necesidades básicas de la comunidad.

Esto se debe a que las constituciones rígidas son necesariamente más precisas y estables que las constituciones flexibles, como consecuencia de la mayor intensidad que presenta el principio de la supremacía constitucional y la distinción entre el poder constituyente y el poder legislativo ordinario.

Junto a las constituciones rígidas y flexibles, existe una tercera categoría: las constituciones pétreas. Una constitución pétrea es aquella cuyas disposiciones no pueden ser reformadas jurídicamente, pudiendo la petrificación ser absoluta, relativa o temporal.

La petrificación es absoluta cuando está prohibida la reforma de la constitución en todas y cada una de sus partes. Se trata de una especie inexistente en la práctica y, de manifestarse, destinada a sucumbir frente al dinamismo de la vida social. Su manifestación sólo sería viable en sociedades teocráticas donde el origen divino atribuido a las normas constitucionales torna inaceptable su modificación por la acción humana. Quizás, el ejemplo más ilustrativo de esta especie lo fue el Código de Hammurabi, que expresamente prohibía su reforma, y en la actualidad, las normas basadas sobre el fundamentalismo teocrático que se aplican en ciertos regímenes asiáticos.

## 27. CLÁUSULAS PÉTREAS

La petrificación es relativa cuando está prohibida la reforma de alguna o algunas cláusulas de la constitución. En tal sentido, el ar-

---

(57) JAMES BRYCE, *Studies in history and jurisprudence*, t. I, p. 124, Ed. Oxford University Press, Nueva York 1901.

título V de la Constitución de los Estados Unidos dispone que ningún estado, sin su consentimiento, podrá ser privado de la igualdad de voto en el Senado. Por su parte, la Constitución de Francia de 1958 establece que la forma republicana de gobierno no podrá ser objeto de reforma constitucional (art. 89), en tanto la Constitución de Italia de 1947 prescribe que la forma republicana no puede ser revisada constitucionalmente (art. 139).

Cuando la petrificación es relativa, se suele hacer referencia a las cláusulas constitucionales pétreas, que pueden, a su vez, ser absolutas o relativas.

Cláusulas pétreas absolutas son aquellos contenidos constitucionales cuya reforma está prohibida. Toda modificación que se pretenda introducir a ellas será manifiestamente nula, por alterar el compromiso político que otorga legalidad y legitimidad de origen al sistema político que estructura la constitución.

Cláusulas pétreas relativas, por su parte, son aquellas que prohíben su modificación total o parcial durante un lapso determinado, o hasta que se cumplan determinadas condiciones de carácter suspensivo a los fines de la reforma.

Las cláusulas pétreas, ya sean absolutas o relativas, son clasificadas en expresas y tácitas. Las primeras son aquellas en las que la prohibición de la reforma emana explícitamente del texto constitucional, en tanto las segundas están integradas por los principios y bases esenciales de la estructuración política, cuya modificación importará alterar los fundamentos históricos que motivaron su establecimiento.

La petrificación es temporal cuando está prohibida la reforma de la constitución durante un lapso determinado o hasta que se cumplan determinadas condiciones. Así, el texto de la Constitución aprobado por la Confederación Argentina en 1853, establecía sobre la base del modelo de Alberdi, que *"La Constitución puede reformarse en todo o en cualquiera de sus partes, pasados diez años desde el día en que la juren los pueblos"* (art. 30). Esta cláusula quedó sin efecto en 1860, con motivo de la formación del Estado argentino, a raíz de la incorporación de la provincia de Buenos Aires, bajo las condiciones estipuladas en el Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859.

En ese Pacto se acordó que Buenos Aires pasaba a formar parte de la Confederación Argentina, debiendo convocar a una convención provincial para que revisara la Constitución de 1853, que no había sido aprobada por esa provincia. Si la convención provincial

llegaba a sugerir reformas a la Constitución, debía ser convocada una Convención Constituyente *ad-hoc* para considerarlas, siendo sus decisiones obligatorias para Buenos Aires.

En esa oportunidad no fue desconocido el art. 30 de la Constitución de 1853, sino que se sustituyó a la Confederación Argentina por una nueva estructura estatal formada por dos entidades políticamente soberanas y de la cual pasaba a formar parte la provincia de Buenos Aires.

Por tal razón, se ha sostenido que el ejercicio del poder constituyente originario de 1853 permaneció abierto hasta 1860, y que en esta oportunidad no se trató propiamente de una reforma constitucional, sino de la culminación de la labor constituyente iniciada en 1852 (58).

## 28. CONSTITUCIONES MONÁRQUICAS Y REPUBLICANAS

Se trata de una clasificación forjada en el siglo XIX que se basa sobre la forma de gobierno impuesta por la constitución. La distinción respondió a una motivación política fruto de un proceso de transición de los sistemas transpersonalistas a los personalistas.

La paulatina sustitución de las monarquías por las repúblicas estaba acompañada por textos constitucionales en los cuales, y respecto de estas últimas, se hallaban más acentuadas las características del movimiento constitucionalista. Sin embargo, la desaparición de las monarquías absolutas y el surgimiento de monarquías constitucionales en las cuales se restringía sensiblemente la autoridad de la corona, dispuso la utilidad que podía presentar esta clasificación.

En la actualidad, el carácter distintivo no reside en la forma de gobierno sino en el sistema político imperante. Entre las constituciones monárquicas de España, Gran Bretaña, Bélgica, Holanda, Suecia o Noruega, no existen diferencias sustanciales en orden a sus objetivos teleológicos con las constituciones republicanas vigentes en Francia, Italia o Alemania. En cambio, sí se presentan diferencias sustanciales entre aquellas constituciones monárquicas propias de los sistemas políticos democráticos, y las de igual tipo que regulan el funcionamiento de ciertos regímenes monárquicos en África y Asia.

---

(58) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. I, p. 434, ob. cit.



Una situación similar se presentó, en el curso del siglo XX, con las propuestas que distinguían las constituciones en presidencialistas y parlamentarias. Su escasa utilidad científica determinó el olvido de semejante tipificación.

## 29. CONSTITUCIONES ORIGINARIAS Y DERIVADAS

Constitución originaria es aquella cuyos contenidos son novedosos, sin que aparezcan expuestos en otros textos constitucionales. Constituciones derivadas son las que se nutren de las cláusulas contenidas en otros documentos similares.

No conocemos constituciones que, en su totalidad, puedan ser calificadas como novedosas u originarias. Sí algunas de sus cláusulas como las referentes al presidencialismo y a la forma federal para organizar la estructura estatal que contiene la Constitución de los Estados Unidos; o el gobierno de asamblea que consagraba la Constitución francesa de 1793.

La generalidad de las constituciones son derivadas. Todas ellas han incorporado instituciones propias de otras formas constitucionales o de procesos políticos ajenos, aunque procurando adecuarlas a las modalidades y realidad política local.

Las constituciones derivadas se forman con elementos preexistentes en otras constituciones sirviendo, muchas veces, como modelos para nuevas constituciones. Pero, en ambos casos, se trata de constituciones derivadas sin mengua de las distintas modalidades que le asignan a las instituciones que regulan.

La novedad podrá residir en las características atribuidas a las instituciones, pero ello no torna a una constitución, o a sus cláusulas, como originaria.

## 30. CONSTITUCIONES PERSONALISTAS, TRANSPERSONALISTAS Y NEUTRAS

La diferencia entre las constituciones personalistas y las transpersonalistas reside en la finalidad de la norma fundamental al reflejar el propósito asignado a la organización política global.

Constituciones personalistas son aquellas que, en función de la idea política dominante, crean una estructura que, en última instancia, procura concretar la plena vigencia de la libertad y dignidad de

las personas. Son aquellas que incorporan los principios generados por el movimiento constitucionalista.

Constituciones transpersonalistas son aquellas que, también en función de la idea política local dominante, imponen una organización para la cual, en la cúspide de la escala axiológica, no se encuentra la libertad y dignidad de las personas, sino otros valores que se consideran superiores. Tales como la grandeza de la nación o el estado, la superioridad de una raza o clase social, la vigencia de una concepción religiosa, o la subordinación a una personalidad carismática. Son constituciones propias de los sistemas políticos autoritarios o autocráticos.

Las constituciones neutras son las que están desprovistas de un contenido ideológico. Se limitan a describir la conformación de la organización política global, careciendo de toda referencia axiológica a los derechos fundamentales, tanto de índole individual como social, como a la finalidad que tiene aquella. Este tipo de constitución se aplicó en el siglo XIX para la conformación de algunas confederaciones. Ejemplo de este tipo de norma fundamental fue la Constitución Federal de Bismarck de 1871.

Su metodología es completamente extraña a las modernas constituciones políticas, y propia de algún estatuto societario del derecho privado. Sin embargo, su contenido puede ser reflejado por algunos acuerdos internacionales mediante los cuales se establece una organización de ejecución política en áreas económicas o regulatorias de las relaciones entre los Estados.

### 31. CONSTITUCIONES NORMATIVAS, NOMINALES Y SEMÁNTICAS

A través de un análisis ontológico constitucional (59), que en vez de estudiar la esencia y contenido de las constituciones concentra la investigación en verificar la concordancia entre las normas constitucionales y la realidad política, entre el orden constitucional y el orden político, a la luz de los grandes principios forjados por el movimiento constitucionalista, se arriba a la conclusión de que un texto constitucional no funciona necesariamente de la manera en que el mismo lo prescribe, sino de la forma en que los gobernantes y gobernados lo ponen en funcionamiento. La práctica constitucional puede o no coincidir con las disposiciones del texto constitucional.

---

(59) KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 216, ob. cit.

Si siguiendo este enfoque ontológico, las constituciones se clasifican en normativas, nominales y semánticas.

Una constitución normativa es aquella que refleja la finalidad del movimiento constitucionalista respecto de la concreción de la libertad y dignidad de las personas, mediante la instrumentación de los mecanismos de distribución y control del poder.

Pero, además de semejante estructuración formal, la misma está integrada por un contenido sustancial que permite verificar que ella es efectivamente observada por gobernantes y gobernados, quienes adecuan sus comportamientos a los imperativos de las normas constitucionales.

Es una constitución en la cual se refleja plenamente, como regla general de conducta, la realidad política del movimiento constitucionalista. Una constitución normativa no es aquella que simplemente tiene validez en un sentido jurídico, sino que además es cumplida lealmente, forjando una unidad conceptual entre la norma y las conductas acordes con la vigencia de la libertad y dignidad del ser humano.

Según Loewenstein, en este caso, *"la constitución es como un traje que sienta bien y que se lleva realmente"*.

Una constitución nominal es aquella que, si bien su texto responde formalmente a los fines del movimiento constitucionalista, dista de ser cumplida fielmente en la práctica. Se trata de una constitución propia de aquellos sistemas políticos en transición entre la democracia y el autoritarismo.

Así, cuando se pretende establecer un sistema democrático constitucional para una sociedad carente de cultura y tradiciones democráticas, es prácticamente imposible que su constitución revista carácter normativo de manera inmediata.

De igual manera, cuando se opera un proceso de desconstitucionalización normativa en una sociedad democrática, su norma fundamental se irá apartando de la regla general del normativismo, operándose una separación entre los contenidos del orden constitucional y del orden político.

En ambos casos, la constitución suele ser permanentemente invocada debido a su legitimidad, y continuamente violada en la práctica. A pesar de ello cumple con una importante función educativa al indicar los desvíos del poder y el camino a seguir para encontrarnos en presencia de un texto normativo y no meramente nominal.

Loewenstein destaca que la constitución nominal es como *"el traje que cuelga durante cierto tiempo en el armario y será puesto cuando el cuerpo nacional haya crecido"*.

Una constitución semántica es aquella cuya estructura y finalidad no responde a los requerimientos del movimiento constitucionalista, sino a una visión transpersonalista en la cual la libertad y dignidad del ser humano no son fines, sino medios para alcanzar objetivos considerados axiológicamente trascendentes.

No es una constitución que se preocupe por controlar el ejercicio del poder y evitar sus abusos, sino que apunta a organizar la relación del poder político en la forma necesaria para consolidar a los detentadores del poder y a la idea transpersonalista que le sirve de guía.

Sus normas, al igual que las de una constitución normativa, se adecuan a la realidad y son plenamente aplicadas. Pero ontológicamente responden a motivaciones diametralmente opuestas. En la constitución semántica no se advertirán instrumentos destinados a limitar el poder, sino mecanismos aptos para acrecentarlos a costa de la libertad y dignidad de las personas. A tal punto que, de no existir una constitución formal, el desarrollo real del proceso político sería prácticamente igual al existente. Es que, la constitución semántica, en vez de limitar el poder, convalida formalmente su concentración y organiza la forma en que se debe operar esa concentración.

En las constituciones semánticas se advierte la concreción normativa de la preeminencia del titular del órgano ejecutivo, permitiendo su permanencia ilimitada en el cargo, la posibilidad de anular los actos del órgano legislativo y de disponer su disolución, así como también la potestad de revisar los pronunciamientos judiciales. Se soslaya o manipula la participación del electorado, otorgando un rol preferente a determinado partido político y suprimiendo el pluripartidismo; se condiciona el ejercicio de los derechos nominalmente reconocidos a los objetivos que determina el gobernante.

Describiendo a la constitución semántica, Loewenstein escribe: *"el traje no es en absoluto un traje, sino un disfraz"*.

### 32. FORMULACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

La técnica constitucional es el procedimiento racional que se utiliza para aplicar los principios resultantes del Derecho Constitucional con motivo de la redacción o interpretación de una ley funda-

mental. A pesar de tener su método e instrumentación, la técnica no constituye un fin, sino solamente un medio a través del cual el Derecho Constitucional es sustraído del ámbito de las abstracciones para proyectarse en la acción política y jurídica.

En tal sentido, la técnica constitucional, concebida como el manejo correcto de los medios que permiten alcanzar los fines resultantes de los estudios del Derecho Constitucional (60), es simultáneamente un arte político y un arte jurídico.

Procura amalgamar los principios políticos y jurídicos que formula el Derecho Constitucional, para estructurar el marco normativo fundamental de una comunidad política mediante la formulación de los preceptos constitucionales, y su posterior interpretación en cada caso concreto.

La técnica constitucional abarca dos procesos. Uno de ellos es la técnica para la formulación de las normas constitucionales. El otro es la técnica para la interpretación de las mismas.

La primera se refiere a los mecanismos aplicables para la correcta elaboración y redacción de una constitución. La segunda alude a las reglas que deberán ser cumplidas con motivo de la aplicación de ese texto constitucional a un caso determinado, para precisar su alcance y significado.

Ambas técnicas revisten significativa importancia, la que lamentablemente no siempre ha sido debidamente comprendida. Una interpretación constitucional deficiente puede conducir al fracaso de la mejor de las constituciones.

De igual modo, la redacción incorrecta de un texto constitucional puede tornar inoperantes a los más elevados propósitos que pudieron haber inspirado a los constituyentes. En este aspecto, resulta ilustrativo el fracaso experimentado por aquellas constituciones que, enroladas en el llamado constitucionalismo teorizante o profesoral, cayeron estrepitosamente en la práctica política por no adecuarse a las realidades de los pueblos para los cuales fueron elaboradas, o por resultar su lenguaje científico incomprensible para el ciudadano común.

Niceto Alcalá Zamora, refiriéndose al fracaso experimentado por la mayoría de las constituciones europeas sancionadas al concluir la Primera Guerra Mundial, señalaba que ellas fueron consecuencia de

---

(60) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, p. 566, ob. cit.

un constitucionalismo profesoral sustentado por "...la inspiración de hombres que, siendo cumbres de la cultura especializada, se mostraron mucho más cultos que sabios, y más sabios que prudentes. Equiparadas las constituciones, según tal criterio, a un dictamen de derecho público, o a un resumen articulado de estudios magistrales, surgieron como la última palabra de la moda científica, con engreimiento y pesadez técnica"(61).

### 33. REGLAS PARA LA FORMULACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

La formulación de la norma constitucional es el procedimiento intelectual por el cual el autor de una idea la exterioriza públicamente al insertarla en un texto normativo.

La conformación de una idea en materia constitucional es un proceso complejo basado sobre la experiencia, los conocimientos políticos y la proyección de sus contenidos sobre la vida social y política. Se desenvuelve en el ámbito cognoscitivo del autor hasta alcanzar cierta solidez que justifica su exteriorización.

Sin embargo, por más acertada que resulte la conformación de esa idea, su eficiencia práctica está condicionada a su correcta, clara y precisa formulación.

Tal circunstancia determina que la labor del constituyente, en el proceso exteriorizador de las ideas, no puede desenvolverse de manera inorgánica, sino sujeta al cumplimiento estricto de ciertas reglas, cuya sistematización ha efectuado la doctrina constitucional superando los inconvenientes de una teoría y práctica contradictorias sobre la materia (62).

Las reglas para la formulación de las normas constitucionales pueden ser sistematizadas en las siguientes: 1) finalidad; 2) prudencia política; 3) realismo; 4) tradiciones y costumbres; 5) estabilidad; 6) flexibilidad; 7) generalidad; 8) lenguaje común; 9) claridad; 10) concisión.

---

(61) NICETO ALCALÁ ZAMORA, *Constitucionalismo de imitación y teorizante*, La Prensa, Buenos Aires, 14 de diciembre de 1942.

(62) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, p. 570, ob. cit.

### 34. FINALIDAD

Una constitución, además de ser un documento jurídico fundamental, es también un instrumento de gobierno y una carta que expresa los sentimientos, anhelos y valores de un pueblo, como símbolo de la unidad nacional política.

Toda constitución responde a una finalidad, en la medida en que toda sociedad se integra para alcanzar un objetivo determinado. La constitución se dicta para organizar jurídicamente a una sociedad política sobre la base de los elementos materiales y espirituales que determinan el nacimiento de ella y su desarrollo.

Es así que la constitución, además de organizar, debe reflejar en su texto la finalidad perseguida por la sociedad que regula, y el plan de acción que deberán ejecutar los gobernantes para satisfacer las necesidades que condujeron a la integración social.

Cuando se elabora una constitución, es necesario que su artífice formule el ordenamiento constitucional reflejando fielmente la expresión de las fuerzas sociales, para que queden plasmados jurídicamente los propósitos de la organización. Toda constitución debe tener una finalidad que, en definitiva, será la proyección jurídica del objetivo personalista o transpersonalista que impulsa el movimiento social.

La redacción de una constitución desprovista de finalidad, o la inserción de cláusulas constitucionales que no se compadezcan con los fines de la ley fundamental, estará indefectiblemente destinada al fracaso. Si toda sociedad política se constituye para concretar un objetivo determinado, y si además engloba también a una comunidad política, necesariamente tendrá firmemente arraigados ciertos valores y principios determinantes de la unidad de sus componentes.

Tales objetivos, valores y principios deben ser cabalmente conocidos e interpretados por el constituyente, sin caer en el grave error de pretender imponer al pueblo un criterio axiológico y finalista que le resulte extraño.

El éxito y la eficacia de una constitución están condicionados a la recepción de la finalidad social en función de la idea política dominante en ella. La misma debe aparecer claramente expresada en el texto constitucional, en sus normas fundamentales e ineludibles, que tendrán que ser desarrolladas y adecuadas a cada caso concreto por obra de la normativa reglamentaria.

Por tal razón, el contenido de la constitución debe ser limitado a la exposición de los principios básicos para el gobierno de la socie-

dad y los fines de ella, sin descender en el detalle que importe invadir la órbita del legislador ordinario.

La polémica acerca de si una constitución debe recoger y garantizar todos los intereses puntuales de la sociedad o sí, por el contrario, debe contener solamente los principios básicos, remitiendo a la legislación ordinaria la regulación de sus detalles, es resuelta a favor de la segunda de estas posturas. Si una constitución carece de finalidad, si ella no coincide con la finalidad de la sociedad, si no está expresada con claridad o si resulta difícil de entender debido a la complejidad y extensión del texto constitucional, será un documento carente de idoneidad para asumir el rol de instrumento de gobierno y símbolo de unidad nacional.

En síntesis, el constituyente debe recordar que una constitución es la sistematización de los principios generales de una sociedad que expresa sus grandes fines, y que no es técnicamente correcto caer en el detalle reglamentario que, en definitiva, impide el conocimiento popular de su texto y la condena a quedar desnaturalizada o desactualizada a corto plazo.

Sin mengua de la libertad y dignidad de las personas, expuestas como finalidad de la Constitución federal en su Preámbulo, una muestra sobre cómo se debe alcanzar ese objetivo, está desarrollada en el art. 75, inc. 18, de la Ley Fundamental.

Es la cláusula que exterioriza el anhelo de progreso que imperaba entre los constituyentes y la sociedad en beneficio de las futuras generaciones. Establece que corresponde al Congreso *"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 explotación de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo"*.

La lectura y fiel interpretación de esta cláusula, con un criterio dinámico y progresista, tornaba innecesaria la inserción del inc. 19 de ese artículo, tal como se hizo con la reforma de 1994.

### 35. PRUDENCIA

La prudencia es quizás la virtud que resume todas las condiciones que debe reunir el constituyente para abordar eficazmente su



delicada misión. Es, en efecto, la virtud política que le permite observar, conocer y decidir en función del bien común de la sociedad.

La prudencia está integrada por tres elementos: la capacidad para obtener información, la aptitud de reflexionar formulando juicios de conocimiento y el don de distinguir las características y proyecciones de una solución antes de decidir.

La capacidad para obtener información permite conocer la realidad formulando distinciones, relacionando las causas con los efectos y formulando análisis críticos sobre el material disponible. En este aspecto, la prudencia permite que el constituyente pueda distinguir lo que es bueno y conveniente para la sociedad, diferenciar lo importante de lo secundario y no incurrir en el error de confundir los intereses y sentimientos personales con el bien común.

La aptitud de reflexión en el constituyente requiere de una rica imaginación que no esté desconectada de la realidad. Consiste en tener la capacidad suficiente para superar la influencia de los intereses personales o sectoriales, y ubicarse en la hipotética situación de las personas que serán destinatarias de las normas que se elaboran para imaginarse un ámbito práctico regido por ellas y sus resultados.

El arte de adoptar decisiones correctas presupone la debida consideración de las distintas alternativas que podrán plantearse según el curso de acción que se establezca. Además de conocer las alternativas, será necesario analizar las consecuencias que genere cada una de ellas y las bondades o defectos que presenten.

La prudencia política, que importa descartar las conductas precipitadas, inconstantes y carentes de consideración, revela que no es suficiente que el constituyente esté impregnado de profundos conocimientos doctrinarios y científicos. También es necesario que posea la virtud de la prudencia, que le permitirá depurar esos conocimientos con relación a las necesidades y posibilidades de la sociedad, haciendo efectivo en el caso concreto el arte de lo posible sin claudicar ante la fascinación que a veces ejercen las utopías.

La prudencia, como el arte de lo posible, impulsó a los constituyentes a redactar el art. 1° de la Constitución, sin añadir definiciones o descripciones que pudieran colisionar con algunos matices de la idea política dominante en la sociedad. Dispone que *"La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución"*.

También fueron prudentes los autores de la Constitución cuando, al redactar su art. 45, se abstuvieron de establecer un sistema

electoral determinado, y se limitaron a imponer la elección directa y por simple pluralidad de votos a los diputados, y la división del territorio nacional en distritos electorales.

### 36. REALISMO

La subsistencia y eficacia de una constitución está condicionada a que responda lo más fielmente posible a la realidad política, social, económica, cultural e histórica del pueblo. Debe ser expresión, lo más exacta posible, de la situación real del país, tanto de la proyección vigente de su pasado como de su presente y futuro.

Las constituciones, en un sistema democrático constitucional, y como consecuencia del pluralismo imperante, son siempre el resultado de compromisos que integran armónicamente las distintas necesidades e intereses de sus habitantes (63), procurando no contrariar el espíritu del pueblo ni sus legítimas tradiciones. Las constituciones deben ser hechas de conformidad a los pueblos y no pretender que éstos se amolden a aquéllas.

En carta que le escribiera San Martín a O'Higgins en 1833, aquél destacaba: *"Yo estoy firmemente convencido de que los males que afligen a los nuevos Estados de América no dependen tanto de sus habitantes como de las constituciones que los rigen. Si los que se llaman legisladores de América hubieran tenido presente que a los pueblos no se les debe dar las mejores leyes pero sí las mejores que sean apropiadas a su carácter, la situación de nuestro país sería bien diferente"* (64).

El ideal en esta materia no consiste en dotar a un pueblo de una constitución teóricamente perfecta, sino de una constitución realmente posible. Ello requiere de parte del constituyente tener las aptitudes de un verdadero estadista más que de un científico, aunque la investigación y los conocimientos teóricos son elementos sumamente útiles para perfeccionar su labor.

La inaplicabilidad de esta regla conduce al tan frecuente fracaso constitucional, motivado por la pueril ambición de pretender amoldar una nación al contenido de una norma jurídica que le resulta extraña en función de su realidad cotidiana. La solución constitucional no está en formular una ley fundamental de avanzada y acorde

---

(63) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, p. 571, ob. cit.

(64) SAN MARTÍN, *Epistolario Selecto*, p. 240, Buenos Aires 1947.

con las últimas novedades científicas, sino en respetar la forma de ser de un pueblo, procurando plasmarla lealmente en una normativa jurídica básica.

La adecuación de la constitución a la realidad institucional se impone, tanto en un sentido material como en un sentido espiritual. Debe ser una expresión exacta de las características materiales de una nación y debe consolidar los valores básicos de la comunidad, particularmente su idea política dominante.

Si una constitución no es la manifestación de los factores reales del poder, se opera una tajante separación entre el deber ser normativo y la práctica institucional, lo que conduce indefectiblemente al desconocimiento y a la inaplicabilidad de la constitución, a su falta de vigencia real por carecer de legitimidad.

Esto no significa que necesariamente el texto constitucional deba estar a la zaga de los hechos. El realismo constitucional no reside simplemente en el afán de traducir en normas a los hechos, ya que las constituciones también deben receptor los ideales que apuntalan el comportamiento social buscando una síntesis realista entre los hechos del presente y los ideales de la sociedad que, como tales, muchas veces no se concretan aunque sigan teniendo vigencia axiológica como idea política dominante.

Si bien la constitución debe amoldarse a la realidad de un pueblo, esto no agota la labor del constituyente. Es recomendable que la constitución, sin apartarse de la realidad, se eleve sobre los defectos que tenga una sociedad y sobre los comportamientos incorrectos de sus componentes, precisando el camino a seguir para superar tales situaciones en función de la idea política dominante.

A esta técnica se refirieron, tanto la Comisión del Congreso General Constituyente de 1853, como la Comisión de la Convención de la Provincia de Buenos Aires que, en 1860, tuvo a su cargo revisar el texto de la Constitución de 1853.

La primera explicó que, *"El proyecto que la Comisión tiene la honra de someter a examen de vuestra honorabilidad, no es obra exclusivamente de ella. Es la obra del pensamiento actual argentino, manifestado por sus publicistas y recogido en el trato diario que los miembros de la Comisión mantienen con sus dignos colegas"*.

La segunda destacó: *"La Comisión no ha desconocido, al adoptar esta regla de criterio, que cada pueblo tiene su modo de ser; sus principios fundamentales de gobierno encarnados en sus costumbres, sus antecedentes históricos, sus instituciones de hecho que no están escritas y que tienen toda la fuerza de la ley aceptada; y por consecuencia,*

*que cada pueblo tiene en sí mismo su Constitución, y que no es posible organizar bien una nación en teoría, prescindiendo totalmente de las leyes del tiempo y del espacio. Pero ha reconocido también, que no obstante estas verdades prácticas, el legislador debe propender a levantar los hechos a la altura de la razón, poniendo a la ley de parte de ésta, en vez de capitular con los hechos que no tienen razón de ser”.*

Con mayor precisión, ella fue descripta por Bartolomé Mitre en la Convención de la Provincia de Buenos Aires de 1870/1873: *“La letra de una Constitución, por más artística que sea, no puede crear lo que no está creado, ni puede fundar lo que no está fundado. Detrás de lo que está a la vista de todos, en la Constitución escrita de los pueblos, está su verdadero organismo interno, están sus creencias, sus hábitos, sus pasiones y la índole peculiar de su carácter, y la verdadera tarea constituyente consiste en saber armonizar las aspiraciones de la ciencia constitucional con el buen sentido público o, mejor dicho, en saber aplicar las soluciones de la razón práctica a los problemas de la razón política. No vamos a inventar nada de nuevo en la ciencia constitucional”.*

Una cláusula realista, forjada por la experiencia y la sangre derramada en el curso de los cruentos enfrentamientos internos que cubrieron varias décadas de nuestra historia política, es la contenida en el art. 22 de la Constitución. Establece que *“El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”.*

A una visión realista también responde la cláusula residual del artículo 33 cuando establece que *“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”.*

### 37. TRADICIONES Y COSTUMBRES

En la tarea constituyente es necesario conocer los intereses de la comunidad, el concepto de bien común a la luz de la idea política dominante, la interpretación de los sentimientos que congregan a una nación y saber proyectarlos, con palabras fácilmente entendibles, en un texto constitucional.

La eficacia de una constitución determina que ella no pueda oponerse al espíritu, forma de ser, tradiciones y costumbres de un país

que, en conjunto, conforman su tipificación cultural. Tales valores deben estar equilibrados con los intereses legítimos de los más diversos grupos sociales de manera tal que, armónicamente, se puedan alcanzar los grandes objetivos que motivaron la sanción de la constitución sin alterar el estilo de vida de un pueblo.

Pretender establecer un sistema constitucional basado exclusivamente sobre los dictados de la razón y la experiencia, es un camino que puede conducir al fracaso constitucional si no se atiende debidamente la naturaleza y particular disposición del pueblo. El enfoque racional normativo, en su versión más pura, no es recomendable.

En tal sentido, Facundo Zuviría presidiendo el Congreso General Constituyente de 1853 manifestó que *"la ciencia del legislador no está en saber los principios del derecho constitucional y aplicarlos sin más examen que el de su verdad histórica, sino en combinar esos mismos principios con la naturaleza y peculiaridades del país en que se han de aplicar"*.

La necesidad de valorar debidamente las costumbres y tradiciones de un pueblo e insertarlas en el texto constitucional, está estrechamente vinculada con la concepción de la llamada constitución histórica o con el concepto de constitución histórico tradicional (65).

Una constitución estable y real no puede ser solamente producto de la razón. Ella es el resultado de una progresiva transformación histórica en la cual también intervienen y gravitan factores irracionales. Antes de ser dictada una constitución, en un sentido jurídico, la sociedad tiene una forma de ser generadora de comportamientos firmemente arraigados en ella y que permiten distinguirla de otros pueblos.

Esa forma de ser es una constitución real, que no se origina en un acto único y racional sino en actos parciales, prácticas, usos y costumbres formados lentamente y que pueden resultar difíciles de explicar y justificar. Sin embargo, como cada sociedad política es una individualidad, su ordenamiento constitucional jurídico debe responder a su tipificación nacional, forjada por las costumbres y tradiciones.

El análisis, conocimiento y aceptación de la constitución histórica, le permiten al constituyente distinguir las circunstancias excepcionales del presente, que como tales son esencialmente transito-

---

(65) MANUEL GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, p. 40, Ed. Revista de Occidente, Madrid 1964.

rias, de aquellas que subsisten permanentemente en una sociedad caracterizando sociológicamente al pueblo con cualidades propias que lo diferencian de otras unidades humanas.

Respondiendo a las tradiciones y costumbres, que se forjaron con los usos adoptados desde mayo de 1810, los constituyentes dispusieron, en el art. 16 de la Ley Fundamental, que *"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"*.

### 38. ESTABILIDAD

A diferencia de las leyes ordinarias, que están normalmente destinadas, en sus contenidos, a satisfacer las necesidades transitorias del momento, las constituciones son programas de gobierno y de vida para una sociedad que se sancionan con el propósito de tener una duración ilimitada. En ellas, el constituyente debe volcar los aspectos fundamentales de la sociedad, procurando garantizar su perdurabilidad.

Tratándose, precisamente, de conceptos básicos y elementales que reflejen una idea política dominante, el constituyente deberá procurar que su perdurabilidad fáctica se traduzca en la estabilidad jurídica.

Es cierto que no existe una obra humana perfecta y que ella podrá ser siempre mejorada; pero, sin desconocer esa realidad, el constituyente debe volcar todo su esfuerzo para que su labor sea de una calidad tal que, al menos teóricamente, quepa la posibilidad de afirmar su condición de inmutable.

La permanencia o estabilidad de una constitución es un atributo fundamental de ella, ya que su falta de perdurabilidad le restará idoneidad para cumplir con su misión ordenadora, la privará de legitimidad y, consecuentemente, de su carácter de símbolo de la unidad nacional.

La estabilidad de las constituciones es una idea estrechamente asociada con la concepción moderna del constitucionalismo y con sus formas escritas y codificadas de expresión. Una constitución como acto fundacional de la organización política global, así como toda reforma a su contenido, debe ser redactada con el convencimiento de que estará permanentemente vigente, dotando de estabilidad al sistema político.

Siempre se ha considerado que la estabilidad de un sistema político es una de las mayores conquistas a que puede aspirar el hombre, porque es sinónimo de seguridad jurídica. Desde la antigüedad, grandes pensadores políticos, tales como Platón, Aristóteles, Polibio, Cicerón, Santo Tomás de Aquino y muchos más, formularon su profunda preocupación por la inestabilidad de los sistemas políticos y su anhelo por construir estructuras perdurables que respondieran al ideal de justicia, al interés general, al derecho natural o al bien común. Todos ellos propusieron sistemas que tendrían la virtud de la estabilidad y, consecuentemente, un orden jurídico fundamental perdurable.

Juan Bautista Alberdi escribía que *"El gran arte del gobierno, como decía Platón, es el arte de hacer amar a los pueblos la Constitución y las leyes. Para que los pueblos la amen es menester que la vean rodeada de prestigio y esplendor. El principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Ellas pueden ser necesarias a veces, pero constituyen siempre una crisis pública más o menos grave. Ellas son lo que las amputaciones al cuerpo humano: necesarias a veces, pero terribles siempre. Deben evitarse todo lo posible o retardarse lo más. La verdadera sanción de las leyes reside en su duración. Remedemos sus defectos, no por la abrogación, sino por la interpretación"*. Y agregaba: *"Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución"* (66).

Con similar alcance, Fray Mamerto Esquiú, en su célebre sermón que pronunciara en 1853 en la Iglesia Matriz de Catamarca, decía: *"La vida y conservación del pueblo argentino depende de que su Constitución sea fija; que no ceda al empuje de los hombres, que sea un ancla pesadísima a que esté asida esta nave, que ha tropezado en todos los escollos, que se ha estrellado en todas las costas, y que todos los vientos y todas las tempestades la han lanzado"*.

Esta perdurabilidad relega por innecesaria toda reforma constitucional, cuando las leyes fundamentales son efectivamente idóneas para que se desenvuelva la idea política dominante en la sociedad a través de su correcta reglamentación.

Una constitución, si bien no puede ser pétreo, debe ser redactada del mejor modo posible para tener estabilidad y no ser objeto de reformas. Las modificaciones constitucionales solamente son viables cuando los hechos demuestran, sin lugar a dudas, que ellas son inevitables para satisfacer las profundas necesidades de la socie-

(66) JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Obras Selectas*, t. X, p. 214, ob. cit.

dad, que no encuentran una solución aceptable en la norma fundamental ni en su interpretación.

Es que, como toda reforma constitucional lesiona la perdurabilidad del sistema, su concreción debe ser absolutamente indispensable. Siempre es preferible sacrificar la posibilidad de incorporar alguna institución moderna o novedosa en el texto constitucional, antes que alterar la estabilidad y seguridad jurídica de la organización social.

Esta técnica determinó que los constituyentes le asignaran, a la Constitución, carácter rígido mediante la inserción del art. 30. Establece que *"La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto"*.

### 39. FLEXIBILIDAD

Toda constitución es, esencialmente, un instrumento perdurable dictado para regir durante un lapso indeterminado. Su redacción debe permitir que en el curso del tiempo pueda desarrollarse y adecuarse a los requerimientos fundamentales de la sociedad, merced a un contenido flexible que no se oponga al razonable dinamismo político y social.

A tal efecto, las normas constitucionales tienen que ser flexibles para que sus contenidos genéricos puedan albergar las necesidades imprevisibles del futuro. Si las normas son rígidas e inflexibles en aspectos que no están encaminados a concretar los grandes principios de la organización política, el texto constitucional carecerá de la ductilidad indispensable para adecuarse, mediante la interpretación, a las nuevas e intensas necesidades sociales.

La flexibilidad se opone a la petrificación. Pero ella tampoco equivale a la mutabilidad constitucional. Es, simplemente, la condición indispensable para que una ley fundamental pueda perdurar y, simultáneamente, cubrir las necesidades gestadas por el dinamismo social, garantizando la seguridad jurídica.

La flexibilidad de una constitución evita el riesgo de que sus principios limiten el desarrollo provechoso de una comunidad obstruyendo su progreso. Pero esa flexibilidad no tiene relación alguna con la categoría de las constituciones flexibles ni con los mecanismos de reforma constitucional. Flexibilidad constitucional no significa pro-



mover o facilitar un sistema de reforma constitucional, sino una técnica de redacción de la ley fundamental, que le permita tener actualidad y vigencia en el curso del tiempo por obra de la interpretación dinámica.

La constitución flexible en su redacción es aquella que puede ser adecuada a las nuevas condiciones y requerimientos sin experimentar modificaciones. De modo que, en rigor, cuanto más acertadamente flexible sea una constitución, más innecesaria y superflua será su reforma.

Un ejemplo de flexibilidad, se encuentra en el art. 45 de la Constitución. Dispone que *"La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado, que se considerarán a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios..."*. Los constituyentes no incurrieron en el error de establecer un determinado sistema electoral, sino que se limitaron a fijar ciertos presupuestos básicos que debe presentar el régimen que, a tal efecto, disponga el Congreso. En materia electoral no existe un sistema perfecto y, la variación que se opera con el dinamismo social, permite, en cada momento, decidir cuál es el sistema que mejor se adecua al principio de la representación política. Así, y sin necesidad de reformar la Constitución, desde 1857 se aplicaron los sistemas de mayoría relativa, circunscripciones uninominales, de voto limitado y la representación proporcional, considerando las necesidades en materia de representación política impuestas en cada momento histórico.

En cambio, no se adecuan a esta técnica ciertas reformas introducidas por los convencionales de 1994. El art. 37, al imponer el carácter obligatorio del voto, y al margen de reproducir una disposición que siempre estuvo presente en la legislación electoral a partir de 1912, establece un criterio rígido que puede no adecuarse a la evolución cultural y cívica de los ciudadanos. Tengamos en cuenta que, en varios países donde el sistema democrático está consolidado, el voto es facultativo.

Similar crítica nos merece el párrafo final del art. 41: *"Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos"*. Los avances tecnológicos que se operan en el mundo contemporáneo, permiten presumir que, en algún momento, el ingreso de los residuos radiactivos no generen los riesgos que actualmente ocasionan. Inclusive, su ingreso bajo estrictas condiciones de seguridad, puede ser un factor favorable para el desenvolvimiento económico. Probablemente, de concretarse esa hi-

pótesis, la prohibición constitucional podrá ser morigerada a través de la interpretación. Si no llegara a existir riesgo o peligro como consecuencia de aquellos avances, se podrá entender que el bien que procuraron defender los constituyentes está debidamente resguardado y que, conforme a una interpretación teleológica, el reparo constitucional no es aplicable al caso concreto.

#### 40. GENERALIDAD

Estrechamente relacionado con la regla anterior, se presenta el principio de la generalidad de las normas constitucionales.

Las normas constitucionales deben ser genéricas, procurando el constituyente englobar en ellas la mayor cantidad de hipótesis fácticas posibles. Una constitución no puede ocuparse de los detalles, sino de los grandes principios en los cuales se desarrollan aquéllos. Caso contrario, la norma fundamental será superada por los hechos sociales y políticos, desembocando en la necesidad de su reforma y la consiguiente lesión a la regla de la perdurabilidad y de la seguridad jurídica.

Una constitución solamente debe establecer los fines de la sociedad y los instrumentos para alcanzarlos. Tiene que limitarse a contener los grandes principios generales, cuya proyección y adecuación a los datos de la realidad incumbe al legislador a través de las leyes reglamentarias.

Debe ser expresada en términos generales porque, caso contrario, será imposible encuadrar en ella todas las hipótesis posibles, además de limitarse indebidamente la eficaz labor del legislador común de armonizar las soluciones globales con las necesidades concretas de cada momento. De ahí que el constituyente deba obrar con la prudencia suficiente que le permita distinguir los principios esenciales de los detalles propios de la normativa reglamentaria.

Las disposiciones constitucionales, como reflejo de la idea política dominante, deben prever un número reducido de principios mediante la formulación de normas genéricas y fundamentales. Si una constitución tuviera que contener un detalle global de todas las situaciones fácticas posibles y de sus soluciones, difícilmente podría ser abarcada por la mente del hombre y nunca podría ser efectivamente conocida y comprendida por los ciudadanos.

La aceptación de semejante realidad permite constatar que configura un grave error de técnica constitucional el pretender incorpo-

rar a las constituciones, revistiéndolas de carácter fundamental, a todas aquellas materias esencialmente mutables y secundarias que deben ser precisadas por el legislador común.

El constituyente establece normas básicas y generales; en cambio, el legislador común desarrolla y reglamenta tales principios, procurando adecuarlos a las circunstancias y necesidades de cada momento. Las previsiones de detalle, tan frecuentes en la legislación ordinaria, no son una técnica conducente para culminar una labor constituyente dotada de eficacia.

Los arts. 14, 17, 18 y 19 de la Constitución, entre otros, reflejan la técnica de la generalidad. La Ley Fundamental enuncia una serie de derechos y garantías, sin precisarlos en detalle. Tal función se le otorga al Congreso con el límite impuesto por el art. 28, y sin perjuicio de la cláusula residual del art. 33 que le otorga jerarquía constitucional a una cantidad indeterminada de derechos y garantías relacionados con la libertad y dignidad del ser humano.

#### 41. LENGUAJE COMÚN

Al redactar una constitución, el constituyente debe recordar que el lenguaje posibilita la comunicación y entendimiento entre los hombres. No solamente entre los hombres especializados en el Derecho Constitucional, sino también entre todos aquellos que carecen de capacidad científica en esta materia. La constitución rige para todos los habitantes de un país, de manera que su texto debe ser comprensible para ellos.

Ello impone la redacción de las constituciones empleando el lenguaje común. Las constituciones no se dictan sólo para los especialistas, sino para todo el pueblo. Por tal razón, es necesario utilizar el lenguaje de ese pueblo, evitando, en la medida de lo posible, el empleo de vocablos técnicos y científicos.

La nomografía, que es el arte de redactar normas jurídicas, es mucho más rigurosa en materia constitucional que en otras áreas del derecho positivo. La exactitud en la selección de las palabras con el propósito de facilitar el entendimiento, es una condición básica en la redacción de todas las leyes. Es así que la misma palabra debe ser empleada siempre para expresar igual significado, y que una palabra nunca debe ser utilizada para manifestar dos o más ideas de contenido diferente.

Tanto en la ciencia política como en el Derecho Constitucional, se ha desarrollado un lenguaje técnico que incluye una terminología

especializada y fácilmente comprensible para los especialistas. Sin embargo, no es ese el lenguaje que debe presidir la redacción de un texto constitucional. Si ese lenguaje carece de aceptación general, deberá ser sustituido por aquel que utiliza el ciudadano común y que el constituyente no puede desconocer.

Una constitución la sanciona el pueblo por medio de sus representantes que, como tales, deben conocer el lenguaje de ese pueblo y la forma de emplearlo para que las normas fundamentales puedan ser por todos conocidas sin necesidad de acudir al auxilio de los especialistas.

En el lenguaje constitucional, por otra parte, considerando la generalidad y flexibilidad que deben caracterizar a las normas fundamentales, no solamente tienen relevancia las palabras, sino también los silencios. Así como las palabras tienen un sentido que deberá ser el significado que les atribuye el hombre común, otro tanto acontece con los silencios que, a través de una interpretación sistemática, deben expresar soluciones y caminos a seguir para la cabal comprensión del texto constitucional.

Además de utilizar el lenguaje común, que es el lenguaje real de un pueblo, el constituyente idóneo tratará que ese lenguaje designe y describa una realidad comprensible para el pueblo, prescindiendo de cláusulas ideológicas, programáticas y formulaciones retóricas desprovistas de contenido efectivo.

El lenguaje común impera en casi todo el texto constitucional formulado en 1853/60. Su lectura y comprensión no ofrecen dificultades, pese a que fue sancionada ya hace más de ciento cincuenta años. En cambio no acontece lo propio con algunas de las cláusulas incorporadas por los convencionales constituyentes de 1994, en donde el lenguaje técnico o científico se impone al lenguaje común.

## 42. CLARIDAD

El texto de la ley fundamental y las palabras empleadas en su redacción deben ser sencillos, tomados en su sentido popular y fácilmente entendibles. Pero ese texto y esas palabras también deberán ser muy claros, de manera de informar sobre sus contenidos y finalidades sin ningún ocultamiento, y sin generar dudas en el receptor.

La claridad expositiva presupone la claridad de las ideas que se desean transmitir por medio del lenguaje. Cuando las ideas del legislador no son claras, difícilmente podrá transmitir su mensaje evi-

tando las expresiones confusas, incoherentes, declamatorias o ambiguas. Esa claridad importa desechar la fraseología, e inclusive la prosa literaria cuando ella no es conducente para facilitar la comprensión del texto constitucional.

En la Ley 6ª del Fuero Juzgo, promulgado en España en el año 681, se establecía que *"el legislador debe hablar poco y bien, y no ha de hacer uso de conceptos dudosos, a fin de que el contenido de la ley, luego que se oiga, sea entendido por todos sin duda ni dificultad alguna"*. En igual sentido, la Ley 8ª de las Siete Partidas disponía que *"las leyes deben ser meditadas, recayendo sobre cosas que puedan ocurrir según el orden natural. Sus palabras han de ser sencillas y claras, de modo que todos las puedan entender y retener sin admitir tergiversación, ni ser contrarias las unas a las otras"*.

Una constitución no es una obra teórica o de valor literario, sino esencialmente práctica, y esa practicidad está condicionada a la claridad de las ideas del constituyente y a su habilidad para expresarse en un lenguaje llano y claro que disipe toda posibilidad de duda razonable en la determinación del significado del mensaje.

La rigurosa aplicación de esta regla evita las tan frecuentes explicaciones contenidas en las leyes y la cita de ejemplos en los textos normativos, las cláusulas oscuras y las palabras intrascendentes, todo lo cual resiente sensiblemente la eficacia práctica de una constitución. Ella indica que el constituyente debe evitar el empleo incorrecto de las palabras, el uso de las palabras superfluas y la aplicación deficiente u omisión de los signos de puntuación que correspondan, porque todo ello contribuye a oscurecer el significado de una constitución y a generar conflictos innecesarios con motivo de su aplicación.

En tal sentido, Linares Quintana enseña que *"La Constitución debe ser clara en toda su redacción, de manera de dejar ver su contenido y las intenciones o finalidades que orientan a éste, sin ningún ocultamiento o disfraz, y con la mínima posibilidad de error por parte del intérprete"*, y citando a Pablo Lucas Verdú, añade que *"Los textos constitucionales ganarían mucho si se redactasen con dominio suficiente de las palabras, de manera que éstas tuvieran significado unívoco y se empleasen para designar con propiedad los objetos a que se intentan referir"* (67).

---

(67) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de Interpretación Constitucional*, p. 351, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998.

### 43. CONCISIÓN

La concisión de una constitución significa que ella debe ser precisa y breve. En su redacción se debe emplear la menor cantidad de palabras posible para expresar una idea, aunque la aplicación de esta técnica resienta la calidad literaria del texto constitucional.

La concisión es el arte de expresar las ideas con las palabras justas y adecuadas. En materia constitucional, y en general en materia legislativa, la concisión es enemiga del preciosismo literario y de la moda. Una constitución no se sanciona para ser sometida a un examen de estilo literario, sino para que pueda ser conocida y comprendida por el pueblo a los fines de su cumplimiento práctico. Tal circunstancia impone la concisión, porque una constitución extensa, además de tornar compleja su comprensión para el hombre común, es pasible de generar mayores inconvenientes interpretativos y necesidades de reforma que afecten su estabilidad.

Por otra parte, siendo que en una constitución corresponde incluir solamente a los grandes principios rectores de una sociedad, sin caer en el detalle que caracteriza a la legislación ordinaria, la concisión en la expresión de las ideas debe también proyectarse sobre las palabras que se emplean.

En este aspecto, la concisión en el lenguaje constitucional se relaciona con la esencia del texto constitucional. Su condición de norma fundamental, en la cual se expresan principios generales y flexibles sujetos a reglamentación por el legislador común, le impone un contenido determinado y un estilo que se adecuan a la regla de la concisión.

En su obra rectora sobre la materia, Linares Quintana dice que *"La concisión en el lenguaje constitucional resulta una consecuencia necesaria e inevitable de la propia naturaleza de la Ley Suprema. Corresponde señalar en la historia constitucional latinoamericana numerosos ejemplos de falta de concisión en el lenguaje de las constituciones. Pareciera que los constituyentes generalmente confiaran más en la extensión y prolijidad del texto constitucional que en su claridad, brevedad y concisión"* (68).

La concisión que se advierte en la Constitución Nacional, determina que sea una de las constituciones más precisas y breves vigentes en el mundo contemporáneo. Técnica que lamentablemente ha

---

(68) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de Interpretación Constitucional*, p. 353, ob. cit.

sido desconocida por los constituyentes provinciales, forjando extensos y engorrosos textos constitucionales que son difíciles de comprender y conocer por los pueblos a los cuales se destinan. Tal deficiencia presentaba la Constitución Nacional de 1949, la reforma de 1994 y, muy especialmente, el Estatuto de la Ciudad de Buenos Aires sancionado en 1996.

#### 44. REGLAS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

La interpretación constitucional es el arte de aplicar los principios que formula la hermenéutica constitucional, para desentrañar el significado de una cláusula constitucional o los alcances que cabe atribuir a una norma jurídica reglamentaria de la Ley Fundamental.

Se trata de dos conceptos que definen realidades diferentes. La hermenéutica es la disciplina científica que tiene por objeto el estudio y la sistematización de los principios y métodos interpretativos (69), mientras que la interpretación es la aplicación técnica de los principios que emanan de la teoría científica. La interpretación es el arte de la ciencia hermenéutica.

Como técnica, la interpretación es una actividad intelectual encaminada a determinar el significado de una norma jurídica y, en nuestro caso, de una norma constitucional, o de una norma reglamentaria de ella para verificar su constitucionalidad.

Por tratarse de una técnica mediante la cual se establece el alcance de una norma dentro del conjunto que representa el sistema jurídico, la interpretación requiere que quien acuda a ella tenga la suficiente habilidad y prudencia para evitar la desnaturalización de los principios expuestos por la hermenéutica constitucional. El arte de interpretar, si bien impone cierta cuota de inteligencia en el intérprete, exige un grado aun mayor de habilidad y prudencia.

La importancia de la interpretación en materia constitucional —y en materia jurídica en general— resulta fácilmente verificable si se tiene en cuenta que antes de aplicar una norma jurídica a un caso concreto es necesaria su interpretación. Si la interpretación es el proceso racional por el cual se desentraña el sentido y alcance de una norma jurídica, no se concibe su aplicación a las relaciones sociales

---

(69) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Reglas para la interpretación constitucional*, p. 11, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1988.

sin haber previamente acudido a la correcta aplicación del arte de interpretar. Aunque una norma no suscite dudas sobre su significado, de todas maneras resulta conveniente la sujeción de ella a las reglas de interpretación.

Esa importancia de la interpretación, fue el factor que condujo a sistematizar algunos de sus principios en los textos jurídicos. A ese propósito respondió el capítulo sobre "*Reglas de interpretación de esta Constitución*", redactado por Bartolomé Mitre en la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires de 1870-1873 y que no fue sancionado. Establecía que las declaraciones, derechos y garantías enunciados por la Constitución son principios generales del buen gobierno que debían servir de regla de interpretación para los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones (art. 1°); los principios fundamentales que forman la base del sistema republicano decidirán la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos (art. 2°); las garantías y derechos no son del dominio del gobierno y las leyes no pueden abrogarlos o restringirlos (art. 3°).

La interpretación es una técnica que se aplica respecto de cualquier tipo de norma. Ella no se limita a las normas cuyos textos o alcances pueden resultar confusos para aclarar su significado, sino también a las normas cuyos contenidos no ofrecen dudas. Es que toda norma es la manifestación de un pensamiento hipotético que, como paso previo a su aplicación, debe ser adecuado a la realidad. La interpretación permite comprender la norma en su formulación hipotética y relacionarla luego con los matices fácticos que presentan, en cada caso concreto, los hechos sobre los cuales será aplicada.

Si la técnica de la interpretación es fundamental en cualquier ámbito del derecho, esa importancia se acrecienta considerablemente en materia constitucional. Una errónea interpretación puede conducir al fracaso a la más perfecta de las constituciones, generando un proceso de perversión constitucional que inevitablemente se extenderá a todo el ordenamiento jurídico de una sociedad.

La complejidad de la función interpretativa constitucional, debido a la gravitación que sobre ella tienen los elementos de la realidad política (70) y su relación con la idea política dominante en la sociedad, no se presenta con igual intensidad en el ámbito del derecho privado. La interpretación en el derecho privado es el paso previo para resolver controversias suscitadas por intereses contrapuestos

---

(70) JOSÉ ZAFRA VALVERDE, *La Interpretación de las Constituciones*, p. 49, Revista de Estudios Políticos N° 180, Madrid 1971.



de carácter individual o social, y prescinde muchas veces de los componentes políticos resultantes de las normas constitucionales y de los fines de la organización política global.

Sin embargo, el desarrollo del arte de la interpretación ha sido mucho más importante en el derecho privado que en el derecho público, habiendo inducido al error de entender que las reglas de interpretación constitucional son similares a las que se aplican para interpretar las leyes comunes. La amplitud de los temas que abarcan las normas constitucionales y la frecuente imposibilidad de agrupar todas sus proyecciones en un texto normativo, producen una inestabilidad que es poco frecuente en el derecho privado, imponiendo la necesidad de acudir a técnicas, procedimientos y métodos específicos.

La importancia que reviste la interpretación se refleja en varias cláusulas constitucionales que establecen principios hermenéuticos. Así, el art. 28 de la Constitución Nacional, cuando prescribe que *"Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio"*, establece un límite a los fines de la interpretación que corresponde asignar a esas normas reglamentarias.

Igual significado tiene el art. 33 de la Ley Fundamental al disponer que *"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"*.

Finalmente, cabe mencionar al art. 75, inc. 22, que tras atribuir jerarquía constitucional a ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos, la condiciona a que *"no derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución Nacional y deberán entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución"*.

Situación similar se presenta en varios de los tratados internacionales que cita el art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental.

El art. 29, incs. 2° y 3°, de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que en el ejercicio de sus derechos "toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática", añadiendo que tales derechos no pueden ser ejercidos en oposición a los principios y propósitos de las Naciones

Unidas. Asimismo, el art. 30 dispone que ningún contenido de la Declaración podrá ser interpretado en el sentido de conferir al Estado, a un grupo o a una persona, derechos que les permitan emprender actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en la Declaración.

En igual sentido, el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que sus disposiciones no pueden ser interpretadas permitiendo: 1) que un Estado, grupo o persona suprima los derechos y libertades o los limite en mayor medida que la prevista en la Convención; 2) limitar los derechos reconocidos por las leyes de los Estados o por otra convención internacional; 3) la exclusión de otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o a la forma democrática representativa de gobierno; 4) limitar o excluir el efecto que puede producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

El art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone que sus normas no pueden ser interpretadas en menoscabo de las cláusulas de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los órganos de las Naciones Unidas. A su vez, el art. 25 agrega que ninguna disposición del Pacto será interpretada en menoscabo del derecho, inherente de todos los pueblos, a disfrutar y utilizar sus riquezas y recursos naturales.

El art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que sus disposiciones no pueden ser interpretadas en el sentido de conceder derechos a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos destinados a destruir cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto, o a establecer límites sobre ellos de mayor amplitud a los previstos en el mismo. El art. 46 establece que ninguna disposición del Pacto puede interpretarse en menoscabo de aquellas contenidas en la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las facultades de los órganos de las Naciones Unidas y de los referidos organismos especializados. Por su parte, el art. 47 prescribe que las disposiciones del Pacto no podrán interpretarse en menoscabo del derecho de los pueblos a disfrutar y utilizar libremente sus riquezas y recursos naturales.

Si bien estas disposiciones distan de constituir una regulación exhaustiva en materia hermenéutica, reflejan la preocupación de sus autores por evitar que los convenios internacionales sean desvirtuados con motivo de una interpretación errónea.

En definitiva se procura que todo conflicto entre normas nacionales e internacionales, o entre éstas últimas, siempre sea resuelto aplicando aquellas que sean más favorables para los derechos humanos (71).

Así lo entendió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 1/82 del 24 de septiembre de 1982. Aclarando el significado del art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que otorga a los Estados la facultad de consultar a la Corte sobre la interpretación de esa Convención o de otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos, destacó que su función reside en coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales en lo que concierne a la tutela de tales derechos. En su pronunciamiento, aprobado por unanimidad, opinó *"que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema Interamericano"*.

Las particularidades de la interpretación constitucional han conducido a sistematizar algunos de los procedimientos y reglas aplicables en este ámbito.

Así, algunos autores distinguen la interpretación de la integración y la construcción, que son presentados como mecanismos independientes.

Con respecto a los procedimientos de interpretación, se suele distinguir a las formas interpretativas en literal, extensiva y restrictiva, y, en función de la fuente de donde provienen, en auténtica, judicial y doctrinaria.

A su vez, en la interpretación jurisprudencial se distinguen la interpretación mecánica o automática, la libre decisión legal y la interpretación realista o experimental.

#### 45. INTERPRETACIÓN, INTERACCIÓN Y CONSTRUCCIÓN

En el ámbito del derecho público, y especialmente en el Derecho Constitucional, el arte de la interpretación engloba tres mecanismos:

---

(71) GERMÁN BIDART CAMPOS, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, p. 87, Ediar, Buenos Aires 1994.

la interpretación sujeta a un enfoque restrictivo, la integración y la construcción (72).

La interpretación, con un alcance limitado, es el procedimiento consistente en determinar el significado de una norma en la cual está comprendida una situación de hecho o de derecho. En tal caso, la labor del intérprete se circunscribe a precisar ese significado mediante el análisis del lenguaje empleado para la redacción de la norma. En la norma constitucional está prevista la hipótesis jurídica o fáctica cuyo alcance o validez se procura definir en función de un enfoque gramatical de aquélla.

La integración, como mecanismo independiente de la interpretación restringida, presupone la inexistencia de una norma que regule, de manera específica, la situación de hecho o de derecho que se plantea, y la consecuente necesidad de crear una norma que cubra ese vacío o laguna constitucional, acudiendo a un enfoque histórico, pragmático o axiológico.

Bidart Campos (73) destaca que, ante la inexistencia de una norma constitucional que prevea la situación existente, el intérprete puede cubrir el vacío mediante un análisis histórico de la Constitución. En tal caso, acudirá a la analogía y a los principios generales del derecho. Pero también es posible que una norma constitucional, que contempla la situación que se plantea, resulte injusta y que, por tal razón, se resuelva prescindir de ella. Habrá, entonces, una carencia dikelógica que será remediada mediante la integración al orden normativo de una norma justa. En tal caso, no habrá autointegración, sino heterointegración.

Una postura similar es adoptada por Sagüés (74). Considera que las lagunas históricas, consecuencia de la imposibilidad o impericia del constituyente para prever las situaciones de hecho que se presentan, pueden ser remediadas a través de la sanción de leyes infraconstitucionales o acudiendo al derecho consuetudinario.

En cuanto a las lagunas axiológicas, provocadas por normas constitucionales injustas que no son aplicadas, este autor destaca que, en principio, se podría entender que se estaría vulnerando el principio

---

(72) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Interpretación Constitucional*, p. 136, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998.

(73) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, p. 315, Ediar, Buenos Aires 2001.

(74) NÉSTOR P. SAGÜÉS, *La interpretación judicial de la Constitución*, p. 168, Depalma, Buenos Aires 1998.

de la supremacía de la constitución, *"pero ocurre que la norma constitucional básicamente injusta no merece ser amparada por la tesis de la supremacía constitucional, ya porque no se la conceptúe como norma auténtica —para la doctrina jusnaturalista que entiende al derecho injusto como no derecho—, ya porque aunque se la admita como Derecho, se la excluye como derecho válido y coactivo"*.

Esta postura no es compartida por aquellos autores que no le asignan un carácter limitado al mecanismo de la interpretación. En tal sentido, Couture escribía que *"en su marcha hacia al hallazgo del significado de un texto, el intérprete no tiene nunca la sensación de que traspasa la barrera interpretativa y entra en la zona de la integración. Un texto legal sólo tiene sentido en función de todo el conjunto sistemático del derecho. De aquí que en su dirección intelectual, la función interpretativa es en realidad prácticamente inseparable de la obra de integración del derecho"*(75).

Consideramos que la integración no es un mecanismo independiente de la interpretación concebida en un sentido amplio. Considerando las limitaciones que presenta la creatividad humana, es prácticamente imposible que una Ley Fundamental pueda prever explícitamente todas las situaciones de hecho y derecho que se presentan en la convivencia social. Pero eso no significa que ellas queden al margen de la Constitución. Ya sea por vía analógica, o mediante una interpretación sistemática, o dinámica, o teleológica de las cláusulas constitucionales, siempre el intérprete podrá hallar una solución sin apartarse de la Ley Fundamental. En su momento, la aeronavegación y el ejercicio de la libertad de expresión por medios distintos a los gráficos, fueron situaciones que encontraron una acabada cobertura en el marco de la Constitución, sin acudir a un proceso de integración.

Otro tanto acontece con las lagunas axiológicas. Su determinación solamente puede ser efectuada en función de los valores dominantes en la sociedad donde rige una constitución. Para una visión personalista, imperante en las democracias constitucionales, pueden resultar injustas las cláusulas fundamentales contenidas en una constitución autoritaria que disfruta de legitimidad en un régimen transpersonalista. Pero, para la concepción vigente en ese régimen, tales cláusulas no serán injustas y no se producirá la laguna axiológica. Y, si llegaran a ser consideradas injustas con su consecuente incumplimiento, no habrá un proceso de integración sino de desconstitu-

---

(75) EDUARDO COUTURE, *Interpretación e integración de las leyes procesales*, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia N° 43, p. 97, México 1949.

cionalización de un régimen autocrático, en un curso de transición hacia un sistema democrático constitucional o de una nueva autocracia.

En cuanto a los regímenes democrático constitucionales, consideramos que es utópica la manifestación de cláusulas constitucionales injustas. Algunas de ellas podrán ser tildadas de injustas por ciertos sectores sociales, pero esa calificación no contará con el sustento de la idea política dominante en la comunidad. Es que, si llegara a ser así, si varía la idea política dominante, la solución inevitable será la reforma de la constitución y no el apartamiento de ella porque, esto último, importa vulnerar la esencia de un estado de derecho del cual se nutre la democracia constitucional. En tal caso, se operará un cambio en el régimen político vigente.

La construcción, como categoría independiente de la interpretación, fue forjada en el derecho angloamericano. La interpretación consistiría en descubrir el significado empleado para redactar una norma. En cambio, la construcción sería el arte de explicar cuál fue la intención de los autores de la norma, cuando su aplicación a un caso determinado resulta dudosa.

Esa distinción doctrinaria entre la interpretación y la construcción no es aceptada por todos los autores. Linares Quintana cita las opiniones de Westel Woodbury Willoughby y Samuel Weaver (76), para quienes no existe diferencia alguna entre la interpretación y la construcción. Se trata de sinónimos que *"son utilizados para describir la determinación del verdadero significado de la Constitución; para desentrañar la totalidad del instrumento y de otras fuentes la intención del pueblo al adoptarlo; para armonizar sus diferentes partes; para verificar los poderes otorgados y para hacer operativa cualquier concesión o disposición; y en general para asegurar y cumplir los fines deseados para su funcionamiento como un sistema de gobierno"*.

Entendemos que los mecanismos de integración y de construcción forman parte del arte de la interpretación. No son categorías independientes, pues los contenidos que les fueron atribuidos doctrinariamente, conforman el concepto amplio de la interpretación forjado por la ciencia hermenéutica, tal como resulta de las reglas principales y complementarias del arte de la interpretación.

---

(76) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Interpretación Constitucional*, p. 138, ob. cit.

#### 46. INTERPRETACIÓN LITERAL, EXTENSIVA Y RESTRICTIVA

La interpretación literal consiste en desentrañar de manera uniforme el significado gramatical de las palabras empleadas en el texto de la norma, y en respetar ese significado sin restringir ni ampliar su alcance.

La interpretación literal o gramatical, que no debe ser confundida con la regla semántica de interpretación constitucional, puede ser objeto de dos enfoques diferentes. Uno de ellos consiste en asignar a las palabras el sentido que tenían al tiempo de ser incorporadas al texto constitucional. El restante, le atribuye el significado que tienen al momento de la interpretación. Asimismo, en ambos casos, se puede hacer referencia al significado técnico o vulgar de los vocablos.

La interpretación literal es la menos recomendable en materia constitucional. Los excesos a que conduce su aplicación pueden desembocar en soluciones manifiestamente irrazonables, y hasta contradictorias con el texto constitucional.

Así, antes de la reforma constitucional de 1994, algún autor sostuvo que, como la Constitución Nacional no mencionaba a los partidos políticos, era inviable asignarles jerarquía constitucional. Sin embargo, ellos estaban comprendidos en el art. 14 de la Ley Fundamental que reconoce, entre otros derechos, el de asociarse con fines útiles. No cabe duda que, los partidos políticos, son asociaciones y que sus objetivos están englobados en el concepto de utilidad pública.

De todas maneras, no cabe prescindir de esa interpretación literal, cuando el sentido de las palabras es claro e inequívoco, tanto técnica como vulgarmente; tanto al tiempo de ser incorporadas a la Ley Fundamental como al momento en que se practica la interpretación.

La interpretación extensiva consiste en proyectar las disposiciones de una norma constitucional a casos que, aparentemente, no están previstos por ella, pero que pueden razonablemente quedar incorporados a la norma. Su empleo es frecuente cuando se acude a la regla dinámica o progresista de interpretación.

Los principios constitucionales que emergen de una interpretación extensiva, tales como "*in dubio pro constitutio*" e "*in dubio pro libertate*", son generalmente consecuencia de la flexibilidad y amplitud de las leyes fundamentales. De todas maneras, la interpretación extensiva no puede conducir al desconocimiento de las palabras constitucionales ni a la desnaturalización de los principios expuestos en la norma fundamental.

La interpretación restrictiva consiste en reducir el alcance de una norma, cuando su significado literal no permite razonablemente extenderlo a determinadas hipótesis ni, frente a otras, mantener si quiera el significado atribuido para los casos específicos que prevé. Tal es lo que acontece con las excepciones, privilegios y prerrogativas establecidos expresamente en el texto constitucional que, por tratarse de limitaciones circunstanciales impuestas al principio de igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional, deben ser objeto de una interpretación restrictiva.

El carácter circunstancial y restrictivo de las excepciones y privilegios, surge claramente del art. 75, inc. 18, de la Constitución. Esta disposición, que refleja la naturaleza progresista del mensaje constitucional, establece que las concesiones de privilegios y recompensas de estímulo para fomentar el desarrollo material y espiritual de la población, deben ser temporales.

#### 47. INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA, JUDICIAL Y DOCTRINARIA

Recibe el nombre de interpretación auténtica la que es realizada por el mismo órgano que sancionó la norma jurídica, mediante un nuevo acto que aclara con efecto retroactivo el significado de aquel que se interpretan (77).

La norma interpretativa no regula de manera diferente las situaciones contempladas por la norma interpretada, sino que se limita a precisar el significado de esta última a partir del mismo momento en que fue sancionada. No altera las relaciones jurídicas preexistentes y consolidadas a la luz de una errónea interpretación, sino que se limita a destacar el sentido que deberá tener la norma originaria.

El autor de una norma no es una persona física, sino el órgano que ésta integra, de modo que la interpretación auténtica es la que proviene de ese órgano, sin que interesen las personas físicas que lo conforman, o aunque no exista identidad entre las personas que lo integraban al ser sancionada la norma originaria y las que lo constituyen al dictar la norma interpretativa.

La interpretación auténtica debe emanar del mismo órgano que emitió la norma interpretada y debe ser realizada por un acto de igual naturaleza.

---

(77) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de Interpretación Constitucional*, p. 141, ob. cit.



Esto nos conduce a descalificar como interpretaciones auténticas a las discusiones legislativas, las opiniones vertidas por los legisladores durante el debate de las normas, los informes de las comisiones legislativas, las exposiciones de motivos que preceden a las normas, las opiniones de los autores de los proyectos legislativos y, en general, a toda manifestación complementaria que no esté expresada en el texto de una norma de igual naturaleza a la interpretada y proveniente del mismo órgano que le dio nacimiento a esta última.

Todos estos elementos suelen ser erróneamente englobados en el concepto de la interpretación auténtica. Se trata en realidad de antecedentes legislativos que, si bien no constituyen propiamente una interpretación auténtica, pueden resultar eficaces para desentrañar el significado de la norma mediante una interpretación jurisprudencial o doctrinaria.

La interpretación jurisprudencial es la que efectúan los jueces cuando, con motivo del ejercicio específico de sus funciones, determinan el significado que corresponde asignar a una norma en su aplicación a un caso determinado.

La polémica acerca de la potestad creadora del derecho que tendrían los jueces en el acto de juzgar, debe ser resuelta en forma negativa dentro de un sistema constitucional que prevé la división de las funciones del poder y establece límites al accionar de cada uno de sus órganos. Los jueces no crean derecho, sino que lo aplican a los casos funcionalmente sometidos a su consideración. Tal es el rol de los magistrados judiciales en un Estado de Derecho. Interpretar la ley, determinando su significado y alcance, no equivale a un acto de creación legislativa, sino a un acto preparatorio de la creación judicial mediante la aplicación de la norma al caso concreto. Cuando los jueces interpretan una ley con el propósito de relacionarla al caso concreto en que será aplicada, no crean una norma legal, sino que se limitan a desentrañar el significado de la norma interpretada y preexistente.

La Corte Suprema de Justicia forjó una doctrina jurisprudencial sobre los alcances de la interpretación judicial y sus límites. Así, destacó que la interpretación judicial, junto con la ley, integran una realidad jurídica. No se trata de una nueva ley, sino de la ley interpretada conforme a sus fines y a los emanados de la Constitución y que, aunque las leyes se consideren subjetivamente desactualizadas en su comparación con las normas vigentes en otros países, los jueces no pueden soslayar las normas locales si ellas tienen validez constitucional porque, la invocación sobre las materias regladas por las

leyes, es una función que incumbe a los órganos legislativo y ejecutivo del gobierno (78).

Por tal razón, la función de los jueces es la de aplicar las leyes vigentes procurando adecuarlas a las circunstancias particulares de cada caso. Asimismo que, en última instancia, la interpretación definitiva de las normas es la que emana de la Corte Suprema de Justicia en su carácter de intérprete y salvaguarda final de la Ley Fundamental y de los derechos y garantías que establece (79).

La Corte Suprema sostuvo que existe un especial deber de acatamiento cuando se trata de pronunciamientos emanados de ella, porque es suprema en el ejercicio de su competencia, siendo sus decisiones de cumplimiento inexcusable; que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema tiene autoridad definitiva para todo el país, y que esa interpretación tiene supremacía tanto moral como institucional (80).

Este rol de intérprete final de la Constitución y de las leyes, siempre fue asumido por la Corte Suprema de Justicia. Al decir el caso "*Di Mascio*" (81), y tras citar el Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales de la Convención Constituyente, emitido en abril de 1853, destacó que la Constitución le confirió la potestad de definir, esclarecer, interpretar y conservar inalterable la supremacía de la Constitución. Por añadidura, todos los órganos gubernamentales, de la Nación y de las provincias, deben acatar sus decisiones porque ellas son reglas de jurisprudencia constitucional.

Dentro de la interpretación jurisprudencial, se distinguen tres tendencias: la interpretación mecánica o automática, la libre decisión legal o interpretación libre y la interpretación realista o experimental.

La interpretación mecánica atribuye a los jueces una función automática, consistente en expresar en sus sentencias la letra de la ley. A través de un proceso lógico y desprovisto de factores subjetivos, forjados por las ideas sociales, políticas, económicas y éticas, el juez debe precisar los hechos del caso concreto, clasificarlos conforme a categorías legales predeterminadas, elegir la regla aplicable al caso y adoptar una decisión consecuente.

---

(78) Fallos CS 21:130 y 200:490.

(79) Fallos CS 311:463 y 313:1531.

(80) Entre otros, Fallos CS 212:51; 249:17; El Derecho 24 de mayo de 2005.

(81) Fallos CS 311:2478; LA LEY, 1989-B, 415; DJ, 1981-1-451.

La libre decisión legal o interpretación libre se basa en la actividad creadora de los jueces para afianzar el ideal de justicia. La interpretación de las leyes no debe ser efectuada en consideración a la intención que pudo haber tenido el legislador, sino a través del sentimiento de justicia del juez y de su adecuación al caso concreto. Los jueces no deben limitar su actividad a la simple aplicación del texto objetivo de la ley, sino fundamentalmente a imponer las soluciones justas que emanan de una interpretación racional de la norma jurídica para dirimir las controversias que les son sometidas.

La interpretación realista experimental es similar a la anterior, aunque mucho más amplia. Concibiendo al derecho como resultado de las fuerzas sociales, sus partidarios sostienen que las variaciones sociales son mucho más rápidas que las legales, y que es misión del juez adecuarse a aquéllas al emitir las decisiones judiciales. Al sentenciar, los jueces deben determinar la solución que mejor se compadece con las necesidades y requerimientos de la sociedad, y luego buscar los fundamentos normativos para su decisión.

Pero, tanto en la interpretación libre, como en la realista, el juez no puede llegar al extremo de atribuir a la ley un significado que no tiene. Debe adecuarla al caso, pero sin desconocerla, a menos que la considere inconstitucional.

La interpretación doctrinaria o científica es la que proviene sustancialmente de los juristas. A pesar de su gravitación indirecta, ella reviste particular importancia por la autoridad y capacidad científica de sus autores, que les permiten desarrollar su labor interpretativa al margen de las presiones resultantes de los intereses individuales o sociales que, en cambio, sí pueden condicionar a una interpretación auténtica o jurisprudencial.

Por otra parte, en la interpretación auténtica y en la jurisprudencial, se advierte con frecuencia el antecedente de la interpretación científica resultante de las citas y opiniones de los tratadistas cuyo prestigio avala la corrección de las decisiones.

Las constantes referencias a las obras de Mariano Moreno, Esteban Echeverría, Juan Bautista Alberdi, Bartolomé Mitre, Gorostiaga, Juan María Gutiérrez, Joaquín V. González, Estrada, Montes de Oca, Juan González Calderón, Jorge Aja Espil, Segundo V. Linares Quintana, Fernando Barrancos y Vedia, Germán Bidart Campos, Rafael Bielsa, Miguel S. Marienhoff, Jorge R. Vanossi, Juan Carlos Cassagne, Carlos Bidegain, Alfredo Palacios, Carlos Fayt, Alberto Spota, Mario Justo López, Horacio García Belsunce, Néstor Sagüés, Miguel Padilla,

Humberto Quiroga Lavié, Pablo Ramella, Carlos Sánchez Viamonte, entre muchos otros y a los cuales se añaden varios jóvenes juristas contemporáneos de relevantes cualidades intelectuales, revelan la existencia de una riquísima doctrina nacional cuyo bagaje sirve de sólido sustento para la interpretación constitucional.

El valor de la interpretación doctrinaria está determinado por su carácter científico. En el curso de ella, el intérprete debe ceñirse al significado de las normas y a su relación con la realidad social y política. Pero, en modo alguno, a sus intereses personales o de los grupos sociales que, con su labor, patrocina de manera implícita.

#### 48. REGLAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La complejidad e importancia que presenta la interpretación constitucional imponen la necesidad de sistematizar los procedimientos o reglas que se deben seguir para abordar exitosamente semejante tarea (82).

Las reglas aplicables en materia de interpretación constitucional pueden ser clasificadas de la siguiente manera: 1) interpretación teleológica o finalista; 2) interpretación semántica; 3) interpretación sistemática; 4) interpretación dinámica o progresista; 5) reglas complementarias de interpretación.

A su vez, entre estas últimas, es posible distinguir: a) la razonabilidad; b) interpretación restrictiva de las excepciones y privilegios; c) presunción de constitucionalidad de los actos públicos; d) *in dubio pro libertate*.

Si nos ajustamos a un criterio científico, en cada caso concreto el intérprete deberá aplicar las cuatro primeras reglas. Si, como consecuencia de ello, se arriba a un resultado uniforme, no habrá dudas sobre que ese resultado refleja la fiel interpretación de la norma.

Sin embargo, es posible que no se presente esa uniformidad en las conclusiones. En tal caso, el intérprete deberá tener la habilidad intelectual suficiente como para, con la ayuda de las reglas complementarias de interpretación, decidir cuál es el criterio que mejor se adecua a los hechos, y cuál o cuáles son las reglas idóneas para arribar a esa interpretación fiel de la norma.

---

(82) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Reglas para la interpretación constitucional*, p. 47, ob. cit.

#### 49. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA O FINALISTA

Toda constitución consagra jurídicamente una finalidad que es, en definitiva, la idea política dominante en la sociedad que determina su creación y funcionamiento. Así como no es concebible una sociedad desprovista de fines, tampoco lo es un texto constitucional carente de objetivos que reflejen a aquéllos.

Como la constitución no es simplemente un documento jurídico, sino también un instrumento de gobierno y un símbolo de la unidad nacional, la labor del intérprete estará destinada al fracaso si no es precedida por un cabal conocimiento de los motivos políticos y sociales que la inspiran.

La función del intérprete de la ley fundamental no es la de opinar sobre la bondad, conveniencia u oportunidad de los preceptos constitucionales. Esa es una función propia del comentarista de una constitución. La función del intérprete es la de desentrañar el significado de la norma constitucional, con prescindencia de todo juicio acerca de sus virtudes o defectos. Asimismo, y al margen de los juicios subjetivos que le pueda merecer la norma constitucional, su intérprete debe conocer y respetar lealmente los fines que la motivan, recordando que la constitución está asentada sobre una idea política motriz que caracteriza a la organización política y a la estructuración social.

La finalidad de toda constitución democrática generada por el movimiento constitucionalista reside en limitar y controlar el poder en salvaguarda de la libertad y dignidad del ser humano. Todas las instituciones constitucionales responden a esa finalidad, de modo que su interpretación debe ser realizada de la manera más eficiente posible para garantizar la plena vigencia de la libertad y dignidad de las personas, tanto en un marco individual como en un plano social.

Esa finalidad de la constitución debe ser constantemente tenida en cuenta en el curso de su interpretación, y todas sus normas particulares deben ser relacionadas y armonizadas por el intérprete en función de la finalidad global del texto que las contiene. Cada cláusula constitucional tiene que ser interpretada con referencia a esa finalidad, asignándole un significado acorde con ella, resultando inadmisibles toda interpretación particular que desemboque en el desconocimiento de los grandes objetivos establecidos en la ley fundamental.

Esos objetivos básicos permanecen inalterables desde la sanción de la Ley Fundamental. No han sido alterados por el tiempo, las ligeras variaciones en algunos matices de la idea política dominante, ni

por las reformas constitucionales. Bien dice Dalla Vía que *"el ideario constitucional argentino no se ha modificado sino que se ha completado a la luz de los aportes doctrinarios y de la necesidad de los tiempos, sin perder el norte libertario abierto en la gesta de mayo y grabado en el texto constitucional de 1853"* (83).

El análisis de la Constitución Nacional, y particularmente de su Preámbulo, permite conocer su contenido teleológico. El Preámbulo es una introducción al texto constitucional que no forma parte del mismo, y por tal razón no es fuente de poder ni instrumento jurídicamente regulador de la convivencia social. Pero es un elemento fundamental para la interpretación teleológica, al expresar con meridiana claridad los fines que inspiraron la sanción del texto constitucional y los grandes objetivos de la sociedad que el mismo organiza políticamente.

El Preámbulo establece que la Constitución fue sancionada con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad. Todo ello por voluntad de las provincias que componen la Nación Argentina y en cumplimiento de pactos preexistentes.

Tales son los grandes fines personalistas de la Constitución, de los cuales jamás deberá apartarse su proceso de interpretación. Esto no significa que por aplicación del Preámbulo se pueda dar a una norma constitucional un significado diferente al que resulta claramente de sus palabras.

Así, la Corte Suprema de Justicia destacó que la expresión *"constituir la unión nacional"* contenida en el Preámbulo, no puede tener un alcance contrario a la forma federal de Estado prevista en el art. 1º de la Ley Fundamental, ni privar a las Provincias de las potestades que conservan con arreglo al art. 121 y que son inherentes al concepto jurídico de autonomía (84). Es que, al no integrar el Preámbulo el texto normativo de la Constitución, sus palabras no pueden imponerse a la letra de la ley constitucional, sino que deben ser utilizadas para su interpretación.

La regla teleológica de interpretación constitucional fue aplicada en numerosas oportunidades por la Corte Suprema de Justicia. Una de las más relevantes fue el caso *"Siri"* (85), donde por vía jurisprudencial

---

(83) ALBERTO DALLA VÍA, *La ideología de la Constitución económica*, LA LEY, 2003-C, 1114.

(84) Fallos 242:498.

(85) Fallos 239:459.

dencial y a través de una interpretación finalista, fue establecida la acción de amparo, que careció de previsión legal hasta que, en 1966, fue sancionada la ley N° 16.986 y, con la reforma de 1994, se le atribuyó jerarquía constitucional en el art. 43.

Señaló la Corte que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, debiendo los jueces adoptar las soluciones que mejor aseguren los grandes objetivos para los que fue dictada la Constitución, de los cuales el primero de todos es el asegurar los beneficios de la libertad, tal como lo establece el Preámbulo.

El análisis de la Constitución Nacional, que se enrola firmemente en el movimiento constitucionalista estructurando un sistema político de índole personalista, revela que sus fines, al margen de consolidar la unidad nacional, se sintetizan en la libertad y dignidad de las personas, con prescindencia de su nacionalidad, raza, religión o de las ideas políticas y sociales que propicien. Inclusive, hasta la propia unidad nacional, la estructuración del gobierno y del estado, responden a aquella finalidad suprema de preservar la libertad y dignidad en todas las áreas de la convivencia humana.

El contenido de tales fines tiene carácter dinámico y no estático. Sarmiento, en el seno de la Convención bonaerense que revisó el texto constitucional de 1853, así lo expuso claramente al referirse al actual art. 33: *"puesto que se le da a esta parte el título de derechos y garantías de los pueblos, se supone que es la novación de los derechos primitivos del hombre y los que ha conquistado la humanidad, que naturalmente han ido creciendo de siglo en siglo. Se entiende también que esos principios ahí establecidos son superiores a la Constitución, son superiores a la soberanía popular... sería excusado entrar a detallar todas las conquistas de la moral y de la libertad, porque están en la conciencia universal de la humanidad, porque hay ciertos principios generales a que obedece la razón humana"* (86).

A ese enfoque se refirió la Corte Suprema de Justicia cuando, al resolver el caso *"Bressani"* (87), puntualizó que *"el valor mayor de la Constitución Nacional no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armoni-*

(86) Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires, p. 325.

(87) Fallos CS 178:22.

*zaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación”.*

La amplitud y nobleza de semejante finalidad nos conduce a desecher la existencia de fines no previstos en la Ley Fundamental y que estarían generados por el dinamismo histórico (88). En rigor, tales fines a los cuales podríamos catalogar de secundarios, están comprendidos en aquel objetivo supremo a menos, claro está, que respondan a una concepción transpersonalista que propicia la destrucción del espíritu constitucional. Pero estos últimos, en la medida que permanezca vigente la Constitución de 1853/60, en modo alguno pueden ser empleados a los fines de su interpretación teleológica.

## 50. INTERPRETACIÓN SEMÁNTICA

La eficacia de la interpretación semántica está condicionada por la aplicación correcta de las reglas de formulación constitucional, particularmente las referentes al empleo del lenguaje común, la claridad y la concisión.

Todo vocablo constitucional tiene un significado que responde a una idea determinada. Un término constitucional no puede ser desconocido por el intérprete por considerarlo inconveniente o superfluo. Asimismo, en caso de aparente contradicción entre las palabras utilizadas en la ley fundamental, es incorrecto prescindir de alguna de ellas sin antes agotar los procedimientos que permitan armonizarlas en un significado común.

La interpretación semántica es recomendable en aquellos casos en que las palabras empleadas por el constituyente tienen un significado indeterminado, ambiguo, carente de claridad o cuando se incurrir en errores de redacción o cuando el significado atribuido a la palabra, priva de coherencia a la norma objeto de análisis. En tales casos, y antes de acudir a la mecánica interpretativa, corresponde verificar fehacientemente que el lenguaje constitucional presenta tales defectos, porque si las palabras son claras y las ideas fluyen nítidamente es incorrecto apartarse de ellas.

---

(88) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, p. 319, ob. cit.



El lenguaje constitucional permite formular ideas que deben ser valoradas con la interpretación semántica. Ella no consiste simplemente en una interpretación literal y mecánica, ya que los contenidos gramaticales deben ser relacionados con la interpretación lógica de la finalidad tenida en cuenta por el constituyente al expresarlos.

Cuando la redacción es imprecisa, o cuando los términos constitucionales son susceptibles de tener varios significados, el intérprete debe analizar las palabras empleadas en todo el texto constitucional y no solamente en la cláusula que genera dudas. Deberá comparar los diversos significados de las palabras en la constitución, las ideas que transmiten en cada caso y las conclusiones lógicas que se desprendan de ellas para precisar la razón de ser de la cláusula interpretada.

Para aplicar la interpretación semántica, el intérprete debe conocer perfectamente el idioma utilizado en la constitución, el significado que tenían las palabras al ser redactada la ley fundamental y el sentido que en ese momento le atribuían los constituyentes. También deberá disponer de una información detallada acerca de los hábitos intelectuales y el estilo de redacción que tuvieran los autores de la norma, y un pleno conocimiento sobre el tema tratado por las palabras que se interpretan, sus antecedentes históricos y su razón de ser. Es decir, en definitiva, que para la interpretación semántica el conocimiento gramatical no es suficiente.

En síntesis, al acudir al enfoque semántico, el intérprete debe procurar ubicarse en la situación de quienes sancionaron la norma, y desentrañar su significado en función de las prácticas y lenguaje empleadas al tiempo de su sanción y no al momento de la interpretación. Así, el texto constitucional vigente en 1994 disponía, en su art. 67, incs. 13 y 22, que correspondía al Congreso "arreglar y establecer las postas" y "conceder patentes de corso". Vocablos que, disfrutando de un claro significado en 1860, no guardaban relación con las ideas que transmitían en 1994.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia destacó que *"la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan (Fallos 285:322) y a ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma"* (89). Asimismo, que *"la interpretación de las disposiciones citadas, cuestión sobre*

---

(89) Fallos CS 310:1393.

*la que se centra el litigio, exige reiterar que no es siempre método recomendable para ese cometido, el atenerse estrictamente a sus palabras, ya que el espíritu que las informa es lo que debe determinarse en procura de su aplicación racional, que a la vez que elimine el riesgo de un formalismo paralizante, permita a los jueces superar las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal y dar pleno efecto a la intención del legislador” (90).*

Conforme a esta doctrina jurisprudencial, la interpretación semántica debe ser realizada con lógica y razonabilidad, evitando una aplicación rigurosa del significado de las palabras que excluya el sentido y espíritu que determinó su utilización en un caso concreto.

Cuando una palabra tiene varios significados gramaticales, o cuando varias palabras tienen el mismo significado y no resulte un concepto jurídico determinado, el intérprete deberá abstenerse de aceptar soluciones gramaticalmente correctas pero racionalmente incoherentes. En tales casos, deberá indagar sobre la intención del constituyente. Pero si las palabras son claras y sin equívocos, no podrá apartarse del significado de ellas buscando la presunta intención de su autor, porque no estará interpretando la norma sino ofreciendo una construcción jurídica diferente a la expresada en las palabras de la ley.

En cuanto al sentido que corresponde asignar a las palabras empleadas para redactar una constitución, éste debe ser el sentido común y corriente, recordando que una ley fundamental no se dicta para ser conocida solamente por los especialistas, sino por todo el pueblo. Solamente cabe referirse al sentido legal técnico de las palabras, cuando es evidente que el constituyente quiso dar ese significado específico a los vocablos utilizados.

## 51. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

Las normas constitucionales que integran un documento jurídico orgánico llamado constitución no son disposiciones aisladas carentes de relación entre ellas. Una constitución, especialmente si es codificada, configura fundamentalmente un sistema que abarca un conjunto de normas y principios relacionados entre sí en función de una idea política dominante que determina sus contenidos axiológicos.

---

(90) Fallos CS 312:805.

Como todo sistema, presupone la existencia de una armonía interna, de coherencia y homogeneidad entre todas sus partes, que imponen al intérprete el deber de respetar esa estructura. Todas las instituciones contenidas en la constitución, y los objetivos políticos especificados en ella, deben ser interpretados como partes de un conjunto y en función del sistema que integran, procurando preservar la armonía de sus disposiciones.

La interpretación de las cláusulas constitucionales no debe ser efectuada de manera aislada, generando contradicciones entre ellas, sino buscando una relación de concordia que permita desentrañar un significado armónico de todas sus partes.

En caso de ambigüedad y aparente conflicto entre las cláusulas constitucionales, la interpretación correcta no es la que conduzca al desconocimiento de alguna de ellas como solución del conflicto, sino la que procure establecer un equilibrio armónico entre esas cláusulas y las restantes contenidas en la constitución.

No descartamos la posibilidad de que, como consecuencia de una interpretación superficial de la Ley Fundamental, se arribe a la conclusión de que algunas de sus normas son contradictorias. En tales hipótesis, ciertos autores entienden que corresponde aplicar una de tales normas prescindiendo de la restante, o considerar que ambas normas se anulan recíprocamente (91). Ambas conclusiones son inadmisibles si se aplican correctamente las reglas de interpretación constitucional.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia ha decidido que no es válida la interpretación que conduce a la anulación de una norma constitucional por aplicación de otras, ya que ambas deben ser analizadas en conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición debe ser entendida de acuerdo con el contenido de las restantes. Añadió que, *"atento a que la Constitución es una estructura coherente y, por lo tanto, ha de cuidarse en la inteligencia de sus cláusulas, de no alterar en este caso el delicado equilibrio entre la libertad y la seguridad. La interpretación del instrumento político que nos rige no debe, pues, efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por él enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental... De ahí que, si es posible que el*

---

(91) NÉSTOR P. SAGÜÉS, *La Interpretación Judicial de la Constitución*, p. 142, ob. cit.

*significado de un texto constitucional sea en sí mismo de interpretación controvertida, la solución se aclare cuando se lo considere en relación con otras disposiciones constitucionales" (92).*

Sería irrazonable y contrario a toda lógica atribuir significados opuestos a las cláusulas de una norma jurídica, conduciendo a la destrucción o inaplicabilidad de todas ellas. Precisamente, los inconvenientes que se puedan presentar, deben ser remediados mediante la interpretación sistemática y superando las antinomias, porque el ordenamiento legal siempre debe ser entendido en forma coherente (93).

La Corte Suprema de Justicia destacó, como doctrina jurisprudencial uniforme, que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando el criterio que las concilie y permita que todas tengan validez y efecto (94). También ha dicho que la Constitución, como instrumento de gobierno, se debe analizar como un conjunto armónico y sus normas deben interpretarse de manera tal que se armonicen entre ellas; que la Constitución, a igual que cualquier ley, debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás; la interpretación de la Ley Fundamental no debe hacerse poniendo frente a frente las facultades que ella enuncia para que se destruyan recíprocamente, sino armonizándolas dentro del espíritu que le dio vida; la Constitución es una estructura sistemática, donde sus distintas partes forman un todo coherente, y en la interpretación de una de sus cláusulas ha de cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto (95).

En diversas oportunidades se ha planteado la presunta existencia de cláusulas contradictorias en el texto constitucional. Una de ellas sería el art. 22, conforme al cual el pueblo no delibera ni gobierna directamente, sino por medio de sus representantes y autoridades establecidos por aquélla, y los arts. 39 y 40 que confieren a los ciudadanos participación decisiva en la formulación de las leyes mediante la iniciativa y la consulta popular. Nada más inexacto. El art. 22 establece un principio general, que cede si se cumplen las condiciones previstas en los arts. 39 y 40 para el funcionamiento de las formas de democracia semidirecta. Son dos excepciones al prin-

---

(92) Fallos CS 312:496.

(93) Fallos CS 211:1637 y 1723.

(94) Fallos CS 1:297; 242:353; 312:496.

(95) Fallos CS 326:1781 y 4816.

cipio general, cuya armonía se concreta mediante la interpretación sistemática.

Si bien las disposiciones constitucionales no deben ser consideradas en forma aislada, debiendo preferirse la solución que las relacione de manera armónica y no la que desemboque en una manifiesta oposición de sus significados, la interpretación sistemática tampoco puede llevar al extremo de desvirtuar el claro significado de los preceptos constitucionales y la finalidad resultante del sistema.

Esto significa que no existe una necesaria prelación entre las reglas de interpretación constitucional, sino que se impone la aplicación armónica de todas ellas que permitirá distinguir los grandes fines de una constitución, sus principios generales, sus excepciones y las situaciones de hecho que asignan preferencia a estas últimas.

Así, cuando los arts. 14, 14 bis, 17, 37, 39, 41 y 42 de la Constitución enuncian algunos de los derechos que pueden ser ejercidos por los habitantes del país de conformidad con las leyes reglamentarias, dicha cláusula no puede ser interpretada al margen de lo establecido por los arts. 19 y 28 de la Ley Fundamental, que precisan los límites que no pueden ser superados por esa legislación reglamentaria. Pero además, tampoco cabe prescindir de otras cláusulas constitucionales que, a título de excepción, aplican soluciones particulares para determinadas situaciones especiales, como lo hacen el art. 18 al prohibir la pena de muerte por causas políticas, y el art. 68 al establecer la inviolabilidad absoluta de los legisladores en el ejercicio de la libertad de expresión y con motivo del desempeño de sus mandatos.

## 52. INTERPRETACIÓN DINÁMICA

La interpretación dinámica (96) o progresista (97) considera que la ley, como manifestación de la vida humana, está sujeta a una constante e ininterrumpida evolución por obra de la interpretación de sus contenidos de la manera más razonable y conveniente para satisfacer las necesidades sociales del presente.

El dinamismo de la vida social impone la necesidad de que la ley, reguladora de las conductas humanas, se adecue a las variaciones

---

(96) JULIO OYHANARTE, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, p. 21, Ed. Paidós, Buenos Aires 1969.

(97) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Reglas para la interpretación constitucional*, p. 95, ob. cit.

que se operan en ellas para evitar que la realidad desborde a la norma jurídica conduciendo a un sistema jurídico nominal carente de vigencia.

Un texto constitucional, dotado de la suficiente flexibilidad y generalidad, es un instrumento de gobierno destinado a satisfacer de manera permanente la idea política dominante que determinó la formación de la organización política global y las cambiantes necesidades sociales que se operan en el ámbito de aquella idea.

Esa función del texto constitucional requiere que la interpretación constitucional no se limite a valorar las condiciones y necesidades existentes en el momento en que fue sancionada la constitución, sino también las condiciones y necesidades existentes en el momento en que ella es aplicada, sin apartarse de los fines genéricos que motivaron su elaboración.

Una constitución, a diferencia de lo que generalmente acontece con la legislación ordinaria, tiende a garantizar su perdurabilidad, evitando caer en sus constantes modificaciones debido a la inseguridad jurídica que ellas acarrearán. Tal circunstancia impone al constituyente el deber de obrar con suma prudencia, procurando prever lo imprevisible y otorgando a las cláusulas constitucionales la suficiente generalidad y flexibilidad que permitan encontrar en ellas las soluciones apropiadas para las sucesivas generaciones.

Pero la estabilidad constitucional no es sinónimo de petrificación. Que una constitución sea estable no significa que ella revista el carácter de una ley pétreo, ni que la interpretación acordada a sus cláusulas en el pasado deba ser necesariamente aceptada en el futuro.

Cuando a la luz de una interpretación tradicional, la constitución no ofrece una solución eficiente para las nuevas modalidades y demandas sociales, corresponde acudir a la interpretación dinámica de sus cláusulas para adecuarlas a los cambios que se operan en la comunidad. Frente a tales situaciones, debe ser desechada toda interpretación literal y restrictiva del texto constitucional, procurando adaptar ese texto a las nuevas necesidades.

Sobre el particular, Linares Quintana expresa que: *"Interpretada la Constitución con un criterio literal y estricto, hará las veces del traje que confeccionado para el niño, resulta luego estrecho para el joven y completamente inadecuado para el adulto. Interpretada, en cambio, en forma elástica y progresista, ha de recordar a la corteza del árbol, que acompaña a éste en su crecimiento desde que nace hasta que muere, vivificada siempre por la savia que circula en su interior, análo-*

*gamente al espíritu de la Constitución que mantiene a la letra de ésta en todo tiempo fresca y actual*" (98).

En igual sentido, en numerosas oportunidades, la Corte Suprema de Justicia destacó que, *"las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción"* (99).

Esto no significa que con la interpretación dinámica sea viable llegar a un extremo tal que conduzca a adoptar soluciones manifiestamente opuestas a la finalidad personalista de una constitución, o contrarias a las expresamente previstas en ella. La interpretación constitucional, por más dinámica o progresista que sea, jamás puede conducir al absurdo de gestar soluciones contrarias a la constitución, porque ello no sería interpretar sino ejercer el poder constituyente reformando la constitución.

La interpretación dinámica, si bien es una herramienta sumamente útil para mantener actualizada una constitución, no configura una técnica ilimitada. Con ella no es posible violar o reformar el texto constitucional. Es aceptable solamente si con su aplicación no se desconocen los preceptos inequívocos contenidos en la constitución, o si no se desconocen los grandes objetivos personalistas que motivaron su sanción. En tales casos, cuando mediante la interpretación dinámica no es posible satisfacer nuevas, permanentes e intensas necesidades sociales, se impone acudir a la reforma constitucional, siempre que por aplicación de la prudencia política ella resulte indispensable y oportuna.

La interpretación dinámica no es sinónimo de mutación constitucional en cuanto a su letra y espíritu. Es la proyección de las cláusulas constitucionales sobre situaciones concretas no previstas en ella, y que permite resolver los problemas y necesidades que traen aparejadas, sin alterar la esencia ni la letra de la Constitución.

Oyhanarte advertía que la flexibilidad de una Constitución favorecería la interpretación dinámica, pero que jamás, bajo el amparo de esa flexibilidad se podía arribar al *"abismo de la violación, la perversión y hasta la destrucción de la Ley Suprema, con la inevitable y gravísima e irreparable lesión a la seguridad jurídica, detrás del oscu-*

---

(98) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de Interpretación Constitucional*, p. 467, ob. cit.

(99) Fallos CS 241:296; 247:654.

*ro telón de la eufemística y equívoca denominación de mutación constitucional como, por desgracia, ocurriera en el advenimiento de la Italia fascista y la Alemania nazi" (100).*

Reconociendo esa virtud que presenta el texto constitucional, Alfredo Palacios en el seno de la Convención Constituyente de 1957, destacó que *"La he vivido medio siglo, la he invocado en el Congreso para las más grandes audacias del pensamiento, cuando todos los miembros del Parlamento eran mis adversarios, y jamás fue un obstáculo para la sanción de las leyes que yo inicié, desde las de descanso dominical hasta las últimas de 1943" (101).*

Mediante la interpretación dinámica o progresista, fue posible adecuar el mensaje constitucional a situaciones que no fueron previstas explícitamente por los constituyentes. Así, las garantías del hábeas corpus, el amparo y el hábeas data, fueron forjadas parcialmente merced a esa interpretación, mucho antes de haber sido insertadas en la Constitución Nacional con motivo de la reforma de 1994. Otro tanto acontece con la paulatina reducción de las llamadas cuestiones políticas, cuya judiciabilidad fue aceptada por el órgano judicial.

Asimismo, y quizás el caso más relevante, residió en aplicar los arts. 14 y 32 de la Ley Fundamental, referentes a la prensa gráfica, a los nuevos medios técnicos de comunicación social, como son el cinematógrafo, la radio, la televisión y la internet. Considerando que el bien jurídico protegido por la Constitución es la libre expresión del pensamiento a través de cualquier medio, no se encontraron reparos para que tales cláusulas se extendieran a las manifestaciones vertidas por dichos canales que, al tiempo de ser sancionada la Constitución de 1853/60, eran difícilmente previsibles. Se trata de un claro ejemplo de interpretación dinámica o progresista, mediante la cual una constitución puede disfrutar de una suerte de actualización permanente sin caer en el extremo de su reforma.

### 53. REGLAS COMPLEMENTARIAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Las reglas de interpretación teleológica o finalista, semántica, sistemática y dinámica o progresista, constituyen las reglas básicas de

---

(100) JULIO OYHANARTE, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, p. 22, ob.cit.

(101) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Alfredo L. Palacios, el Paladín de la Constitución*, p. 92, Buenos Aires 1983.



interpretación constitucional a las cuales debe acudir el intérprete para desentrañar el significado correcto de una cláusula constitucional en su relación con un fenómeno jurídico determinado.

Sin embargo, la complejidad de las situaciones sometidas a su consideración impone frecuentemente la necesidad de recurrir a ciertos procedimientos complementarios de aquellas reglas que, sin importar la exclusión de su aplicabilidad, facilitan la comprensión del texto constitucional.

Tales principios son: a) la razonabilidad; b) interpretación restrictiva de las excepciones y privilegios; c) presunción de constitucionalidad de los actos públicos; d) *in dubio pro libertate*.

#### 54. RAZONABILIDAD

El texto constitucional, como sistema armónico, establece las características generales que deben tener los actos gubernamentales para satisfacer el bien común. Esas características generales configuran el concepto constitucional de razonabilidad que aparece expuesto en el art. 28 de la Ley Fundamental. Es razonable todo acto que no se traduzca en la violación de la Constitución, o en la desnaturalización de sus preceptos.

La razonabilidad de un acto está condicionada a su adecuación a los principios del sentido común constitucional en orden a la justicia, moderación y prudencia que ella establece. Es así que un acto puede ser formalmente constitucional, pero esencialmente inconstitucional cuando su contenido no guarde la debida proporción con las circunstancias que lo motivan, o cuando no responda a una finalidad constitucional de bien común.

Si bien resulta difícil precisar el concepto de razonabilidad (102), las dificultades se reducen considerablemente, así como también su relativismo, cuando advertimos que dicho concepto no responde a una concepción individual, sino a la que es impuesta por la idea política dominante aceptada en el texto constitucional. Así, la razonabilidad no es el sentido común individual o el de un grupo de individuos, sino el sentido común que prescribe la Constitución.

Ese sentido común constitucional, que se traduce en la regla de la proporcionalidad entre medios y fines constitucionales, está expre-

---

(102) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Derecho Constitucional*, t. I, p. 228, Ed. Ediar, Buenos Aires 1968/1969.

sado en la idea política dominante que impregna a la Constitución y en sus metas finales, que son la vigencia de la libertad y dignidad del hombre. Sobre tal base cabe calificar como irrazonables, y por ende como opuestos a la Constitución, a todos aquellos actos de los órganos legislativo, ejecutivo o judicial que son arbitrarios por carecer de aquella proporcionalidad, o por desnaturalizar la idea política constitucional o por no ser necesarias para el logro del fin propuesto. Asimismo, a iguales requisitos está condicionada la razonabilidad de la interpretación constitucional.

Describiendo el principio de razonabilidad, Marienhoff escribía que *"Esta consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determina la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir, no proporcionados a las circunstancias que los motiva y a los fines que se procuran alcanzar con ellos... Trátase, pues, de una correspondencia entre los medios propuestos y los fines que a través de ellos deben alcanzarse. Establecer, pues, si en un caso dado se observó o no el principio de razonabilidad constituye una cuestión de hecho, para cuya solución puede ser decisiva la dignidad del razonamiento utilizado, la ecuanimidad de quien emita el fallo valorativo. Todo ello envuelve una cuestión de sensatez, de acertada visión de la vida"* (103).

Esta definición fue la expuesta por la Corte Suprema de Justicia. Conforme a ella, la constitucionalidad de las leyes reglamentarias de los derechos, impone la previa consideración de la razonabilidad de las normas cuestionadas ya que, si son arbitrarias, importan alterar los términos del art. 28 de la Constitución (104). Asimismo, que una reglamentación es razonable, si se justifica por los hechos y las circunstancias que la motivan, como también por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido. Pero la norma debe ser proporcionada a los fines que se pretendan alcanzar, de modo lógico para coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el derecho de la sociedad (105).

Esta fundamentación, expuesta en el caso *"Portillo"* (105 bis), determinó que la Corte Suprema reconociera la objeción de conciencia basada sobre creencias religiosas. Eximió del cumplimiento de ciertas obligaciones militares a una persona que estaba prestando el servicio militar que, en ese entonces, era obligatorio.

---

(103) MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, p. 673, ob. cit.

(104) Fallos CS 249:255.

(105) Fallos CS 312:496.

(105 bis) LA LEY, 1989-C, 401.

En síntesis, el principio de razonabilidad requiere la existencia de una necesidad cuya satisfacción no se pueda soslayar; que el medio empleado a tal fin resulte idóneo y menos gravoso en orden a los derechos y libertades que restringe; y que exista una proporcionalidad entre los medios propuestos y los fines que se desean alcanzar. Pero la razonabilidad no puede conducir a la inaplicabilidad absoluta de las cláusulas constitucionales generando soluciones que estén en pugna con la Ley Fundamental. En tal sentido corresponde tener en cuenta que, conforme al principio de razonabilidad, deben ser ponderadas las consecuencias sociales y políticas de la interpretación, ella no puede desembocar en la convalidación de normas que colisionan abiertamente con la Constitución.

### 55. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS EXCEPCIONES Y PRIVILEGIOS

Las excepciones consisten en soluciones especiales que se aplican a una especie determinada apartándose de la regla general que rige a las restantes. Los privilegios son prerrogativas concedidas a una especie por las cuales se la exime de dar cumplimiento a ciertas obligaciones o condiciones impuestas a las restantes. La expresión prerrogativa es mucho más feliz que la mención del privilegio porque se compadece mejor con la esencia republicana.

El principio genérico de la igualdad establecido por el art. 16 de la Constitución, determina que las excepciones y privilegios deben estar expresamente previstos en la norma jurídica, y que su interpretación no puede ser extensiva sino restrictiva en salvaguarda de la igualdad republicana (106).

La interpretación constitucional no puede conducir a la concesión de excepciones o privilegios cuando ellos no aparecen formulados explícitamente en un texto. Asimismo, en caso de duda, la interpretación debe desembocar en una solución que respete la regla general, desconociendo la excepción o el privilegio que se pretenda implantar.

Son numerosas las hipótesis constitucionales en que corresponde aplicar esta regla. Todas ellas tienen, como común denominador, la previsión de soluciones diferentes a las que se prevén para la generalidad de los casos. Tal es lo que acontece, a título de ejemplo, con

---

(106) Fallos CS 211:1812; 303:763.

la intervención federal, el estado de sitio, el juicio político, las desigualdades emergentes del poder de policía, las prerrogativas congresuales y todas aquellas situaciones, relaciones o instituciones que son objeto de un tratamiento diferencial en las normas fundamentales.

Las excepciones y privilegios pueden provenir de la Constitución o, de manera directa o indirecta, de una ley que debe encontrar explícitamente su fuente en la Ley Fundamental.

Entre las primeras, cabe citar a las prerrogativas congresuales previstas en los arts. 68 a 70 de la Constitución que revisten carácter operativo. Entre las segundas, se incluyen las contempladas en el art. 75, incs. 17, 18 y 23 párrafo final, que requieren de leyes reglamentarias para su concreción. Otro tanto acontece con la iniciativa popular (art. 39) y la consulta popular (art. 40), por tratarse de formas de democracia directa que se traducen en una excepción al principio general del art. 22, según el cual, el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución.

El principio de la interpretación restrictiva de las excepciones y privilegios no se compadece con una interpretación extensiva de ellos a hipótesis que no fueron expresamente previstas en la Ley Fundamental.

Tal es lo que acontece con la prerrogativa del art. 69 que suspende la sustanciación de causas penales contra los legisladores. Ella, por vía jurisprudencial, fue extendida al titular del órgano ejecutivo y a los magistrados judiciales. Sobre el particular, consideramos que no existen reparos para que, tales funcionarios, queden sujetos a una causa penal e, inclusive, a una condena. Sin embargo, y hasta tanto no sean removidos de sus cargos conforme a los mecanismos constitucionales, no será viable su privación de libertad como medida preventiva, ni la ejecución de la condena si produce igual efecto. Esta solución se impone porque, caso contrario, no podrán desempeñar sus mandatos constitucionales.

También fue extendida a los ministros del Poder Ejecutivo. La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que corresponde desestimar la indemnidad de los ministros con sustento en lo dispuesto en el artículo 68 de la Constitución como patrón constitucional común para la institución ministerial. Sin embargo, corresponde admitir la garantía cuando las expresiones del ministro se concretan con motivo del cumplimiento de la obligación de informar y brindar explicaciones a las cámaras del Congreso (art. 71 CN), o con motivo del ejercicio de la facultad de concurrir a las sesiones del Congreso, to-

mando parte en sus debates (art. 106 CN). Por vía analógica se extendió una prerrogativa concedida constitucionalmente a los legisladores, cuando los ministros del Poder Ejecutivo formulan expresiones agraviantes en el Congreso y con motivo del ejercicio de la obligación o potestad que regulan los arts. 71 y 106 de la Ley Fundamental (107).

## 56. PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS PÚBLICOS

Uno de los principios elementales que acarrea el Estado de Derecho, reside en considerar que todos los actos emanados de los órganos gubernamentales se presumen constitucionales, hasta tanto no se pruebe fehacientemente lo contrario.

Una ley, decreto, sentencia, ordenanza o un simple acto administrativo, cuya validez formal es incuestionable, no puede ser calificada de inconstitucional aunque, en el intérprete, se suscite una duda razonable sobre el particular. Tampoco si el intérprete está convencido sobre la injusticia o inconveniencia de la norma, pero no encuentra un reparo constitucional claramente definido para disponer su invalidez.

Solamente si se manifiesta una discordancia sustancial con el texto de la Ley Fundamental que no pueda ser soslayada mediante una interpretación razonable y armónica, cabe afirmar la inconstitucionalidad de la norma jurídica. Inclusive, cuando el análisis sobre la validez de una norma genere dudas, por más razonables que ellas sean, la solución del conflicto debe conducir a aceptar su constitucionalidad.

Este criterio, siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia norteamericana, fue aceptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como doctrina oficial. Dispuso la constitucionalidad de los actos dictados por los órganos de gobierno si no hay una demostración concluyente en contrario; que la invalidez de una ley presupone una discordancia sustancial con los preceptos constitucionales; y que la injusticia o inoportunidad de una norma jurídica no es objeción suficiente para su validez constitucional (108).

---

(107) Fallo del 19 de octubre de 2004 en el caso "Cavallo, Domingo F." (Fallos CS 327:4376; LA LEY, 2005-B, 63), cuya doctrina se relaciona con el voto del juez Fayt en Fallos CS 321:2617.

(108) Casos "The River Plate Fresh Meat Co." (Fallos CS 100:323), "Sardi" (Fallos CS 171:87) y "Degó" (Fallos CS 242:84).

Sin embargo, una aplicación rígida de esta regla que le asigne carácter absoluto, se enfrenta con aquellas concepciones que le otorgan, a ciertas libertades el carácter de preferentes. Tal es lo que acontece con los derechos personalísimos, las libertades de religión, de prensa, de petición, de enseñanza, de propiedad privada, entre otras. En tales casos, cuando una norma jurídica lesiona, restringe o desconoce los derechos resultantes de tales libertades, se debería presumir inconstitucional, salvo prueba en contrario.

Esta postura fue adoptada por los ministros Bacqué y Petracchi de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando ella resolvió el caso "*Repetto*" (109). Destacaron que toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, respecto al goce de los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada de una presunción de inconstitucionalidad. De manera que, si una norma sostiene la validez de esa distinción, debe acreditar la presencia de un interés estatal urgente y que la medida adoptada sea razonable para satisfacerlo.

Consideramos que el apartamiento de la regla que impone la presunción de constitucionalidad de los actos públicos constituye un grave riesgo para la preservación del principio de autoridad cuando se basa efectivamente sobre el orden jurídico (110). En modo alguno desconocemos que ciertas libertades, como el derecho a la vida y la libertad de expresión, cuando se manifiesta en una dimensión institucional o estratégica, revisten carácter preferente cuando, bajo determinadas condiciones, colisionan con las manifestaciones de otras especies del género libertad. Pero ello no significa que debamos apartarnos de la regla interpretativa objeto del análisis, porque, para preservar su aplicabilidad, la prueba fehaciente de la inconstitucionalidad de las normas restrictivas será mucho menos engorrosa a la luz del tratamiento dispensado a esas libertades por la Ley Fundamental.

La razón de ser de esta regla complementaria de interpretación reside en que, toda declaración de inconstitucionalidad por la cual se niega la aplicación de un acto gubernamental, configura una grave perturbación para el desarrollo de la actividad del Estado y para el orden jurídico que establece. Solamente es aceptable, en su condi-

---

(109) Fallos CS 311:2272. Fue declarada la inconstitucionalidad de normas vigentes en la provincia de Buenos Aires que prohibían a los extranjeros ejercer la docencia en los establecimientos educativos privados.

(110) Conf. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de Interpretación Constitucional*, p. 602, ob. cit.

ción de solución última e ineludible para preservar el principio de la supremacía constitucional que impone el art. 31 de la Ley Fundamental.

Por otra parte, resulta incoherente entender que, la acción de los órganos gubernamentales esté deliberadamente encaminada hacia el desconocimiento de los principios constitucionales sobre los cuales se basan su autoridad y funciones. En un Estado de Derecho, la misión de los gobernantes es la de cumplir y hacer cumplir las leyes, respetando las normas fundamentales del ordenamiento jurídico que están plasmadas en la constitución, comportamiento cuya validez debe ser presumida.

Estas dos circunstancias conducen a aceptar la efectividad constitucional de los actos legislativos, ejecutivos y judiciales del gobierno, a menos que, por vía del control de constitucionalidad, se demuestre acabadamente que el acto está en pugna con una norma constitucional. Conclusión a la que se arriba luego de verificar que, mediante la interpretación, resulta imposible armonizar y concordar su contenido con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución. Solamente ante una hipótesis de semejante envergadura, cede el principio "*in dubio pro constitutio*".

### 57. *IN DUBIO PRO LIBERTATE*

Así como en el Derecho Penal tiene raigambre constitucional la aplicación del principio "*in dubio pro reo*", y en el Derecho del Trabajo la regla "*in dubio pro operatio*", en materia constitucional la interpretación de las cláusulas de la Ley Fundamental y de sus normas reglamentarias siempre debe ser realizada propiciando la plena vigencia de la libertad y no de sus restricciones.

La finalidad personalista que nutre al texto constitucional revela que todas sus declaraciones, principios e instrumentos, apuntan a consagrar y consolidar la libertad de las personas. De modo que todo límite que se pretenda establecer para la libertad debe resultar de una disposición expresa que sea concordante con la Constitución.

Asimismo, en caso de duda, cuando agotada la aplicación de todas las reglas de interpretación no resulta posible arribar a una solución precisa y clara, la determinación que se adopte para el caso concreto debe ser en salvaguarda de la libertad comprometida por aplicación del principio "*in dubio pro libertate*".

Al margen de un análisis teleológico, la vigencia de esta regla de interpretación resulta de diversas cláusulas constitucionales. El art. 19

dispone que las acciones privadas, con referencia genérica a los actos de las personas, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ese principio básico solamente cede si esas acciones ofenden al orden y a la moral pública, o perjudican ilegalmente los derechos de un tercero. Asimismo, al establecer que nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe, queda claro que la regla general es la vigencia de la libertad y, sus excepciones, resultan de los límites que imponga la ley. Pero, como toda excepción, debe ser objeto de una interpretación restrictiva de manera que, en caso de duda, se impone el principio "*in dubio pro libertate*".

Conforme a la Ley Fundamental, todos los derechos reconocidos por ella, ya sea en forma expresa o implícita, son susceptibles de reglamentación legal (art. 14 CN) y que, sin perjuicio de la previsión contenida en el art. 28, el análisis de los límites provenientes de la reglamentación, debe ser restrictivo y no extensivo. Distinto sería el caso si la Constitución, en vez de reconocer libertades, las creara positivamente respondiendo a una concepción transpersonalista. En esta hipótesis, como las personas solamente serían titulares de derechos forjados por la ley positiva, y no por su naturaleza, en caso de duda tendría que prevalecer la restricción impuesta para la libertad.

La regla "*in dubio pro libertate*" puede colisionar, en abstracto, con la regla que impone la presunción de constitucionalidad de los actos gubernamentales. Una ley que restringe las libertades constitucionales, puede suscitar dudas serias sobre su validez, en cuyo caso se presume esa validez. Pero, simultáneamente, por aplicación del principio "*in dubio pro libertate*", podría ser descalificada constitucionalmente. En tales casos, la solución del aparente conflicto debería provenir del principio de razonabilidad contenido en el art. 28 de la Ley Fundamental. Si la validez de la norma suscita dudas, pero es un medio proporcional y apropiado para el logro de un objeto legítimo de interés general, a éste debe quedar subordinado el interés particular expuesto en el caso concreto.

## 58. EL PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN

El Preámbulo de la Constitución es la introducción al texto constitucional, en la cual se proclaman los grandes principios, propósitos y fines de la Ley Fundamental.

Dice el Preámbulo: "*Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por vo-*



*luntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino; invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina”.*

Las fuentes a que acudieron los constituyentes para redactar el Preámbulo, no se limitaron al que procede de la Constitución de los Estados Unidos y al propuesto por Alberdi. Fueron modelos adecuados a las circunstancias históricas y políticas que determinaron el nacimiento y la organización de la Nación argentina.

El preámbulo de la Constitución estadounidense, de manera concisa establece: *“Nos, el pueblo de Estados Unidos, con el propósito de formar una unión más perfecta, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad interna, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y para nuestra posteridad, decretamos, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América”.*

Por su parte, el propuesto por Alberdi, con un texto por demás extenso y detallista, dispone: *“Nos los representantes de las Provincias de la Confederación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente, invocando el nombre de Dios, Legislador de todo lo creado, y la autoridad de los pueblos que representamos, en orden a formar un Estado federativo, establecer y definir sus poderes nacionales, fijar los derechos naturales de sus habitantes y reglar las garantías públicas de orden interior, de seguridad exterior y de progreso material e inteligente, por el aumento y mejora de su población, por la construcción de grandes vías de transporte, por la navegación libre de los ríos, por las franquicias dadas a la industria y al comercio y por el fomento de la educación popular, hemos acordado y sancionado la siguiente Constitución”.*

Como exposición de motivos, el Preámbulo comprende cuatro partes. En la primera, destaca la fuente de donde proviene la Constitución y su autoridad: *“los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes”.*

También establece los objetivos de la Constitución y los fines a que debe responder la acción del gobierno: *“con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior,*

*proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”.*

Añade que, sus autores, acudieron a la protección divina: “*invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”.*

Finalmente, impone el cumplimiento de la Ley Fundamental: “*ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina”.*

El Preámbulo, al exponer las causas, naturaleza y fines de la Constitución, no forma parte del texto constitucional propiamente dicho, y sus disposiciones no pueden tener un alcance contrario al resultante de las cláusulas de la Ley Fundamental. Sin embargo, es un elemento básico y decisivo para la interpretación y aplicación de esas cláusulas, al expresar los fines que motivaron su sanción y la idea política dominante sobre la cual se basan.

El Preámbulo carece de valor jurídico positivo, pero ello no significa que se trate de una simple formulación teórica (111), porque revela la intención del constituyente y los fines que tiene el instrumento jurídico fundamental. En este aspecto, resalta la importancia que tiene el Preámbulo en materia de interpretación constitucional, al aportar al intérprete los elementos causales que le permitirán desentrañar el significado y alcance de las cláusulas de la Constitución. Pero esa interpretación no puede, así como tampoco las palabras empleadas en el Preámbulo, ser invocada para conferir un sentido distinto al que resulta de manera clara y precisa de la letra del articulado constitucional.

Tal ha sido el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al destacar que el Preámbulo, como expresión de las metas consignadas en la Ley Fundamental, es una herramienta de particular importancia para su interpretación, pero la invocación de su contenido no puede alterar las cláusulas positivas de la Constitución porque ellas son la proyección que le asignaron los constituyentes (112). Así, el texto positivo de la Ley Fundamental sería la reglamentación que, los propios constituyentes, efectuaron del Preámbulo.

---

(111) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, p. 719, ob. cit.

(112) Fallos CS 242:498; 307:326; 310:2478; 314:595.

## 59. LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

Los orígenes del proceso constitucional argentino se remontan a la Revolución de Mayo de 1810 (113). Desde un primer momento, se exteriorizó claramente el propósito de forjar un Estado independiente, sobre la base de una comunidad nacional preexistente a aquella Gesta, y articulado mediante una constitución personalista o humanista.

Sin embargo, mientras que el acto y el contenido de la independencia disfrutaban de un sólido consenso, no aconteció lo propio con la forma bajo la cual debía ser organizada políticamente la sociedad global. El disenso sobre este último aspecto desencadenó las estériles y cruentas luchas internas registradas en el país, con su secuela inevitable de dolor, odio y resentimiento. Fue necesario que transcurrieran 43 años para que, disipada la intensidad del temperamento intolerante de dos generaciones, se acordara enmendar las diferencias en función del bien común.

## 60. EL PROCESO PRECONSTITUYENTE

El proceso constitucional argentino se inició con la Gesta de Mayo, como corolario del Cabildo abierto del 22 de mayo de 1810. Sin embargo, a la luz de un enfoque jurídico, cabe sostener que estuvo precedido por dos acontecimientos relevantes que fijaron el rumbo que se debía seguir institucionalmente para concretar la independencia y conformación de un nuevo estado con poder soberano.

El primero de ellos fue el Cabildo abierto del 14 de agosto de 1806 (114). Pocos días después de la rendición del ejército inglés comandado por el general Guillermo Beresford, se reunieron los integrantes del Cabildo de Buenos Aires quienes, debido a la ausencia del virrey Sobremonte, resolvieron delegar la conducción política del Virreinato del Río de la Plata en la Real Audiencia, y otorgar el mando de las tropas locales a Santiago de Liniers. Fue la primera vez que, los vecinos de Buenos Aires, adoptaron una decisión política significativa prescindiendo de las directivas que podían emanar de las autoridades españolas.

---

(113) JUAN R. AGUIRRE LANARI, *El proceso del constitucionalismo argentino*, p. 17, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1979.

(114) JUAN R. AGUIRRE LANARI, *El proceso del constitucionalismo argentino*, p. 21, *ob.cit.*

En esa oportunidad, no se dispuso la remoción del virrey, pero sí al año siguiente. Poco antes de la frustrada segunda invasión inglesa, el Cabildo abierto celebrado el 10 de febrero de 1807, resolvió suspender al virrey Sobremonte en todos sus cargos gubernamentales. Una vez derrotadas las tropas inglesas bajo el mando del brigadier Whiteloke el 5 de junio de 1807, el rey español Carlos IV, convalidando implícitamente la actuación del Cabildo, designó virrey a Santiago de Liniers.

Con motivo de los crecientes conflictos que se suscitaron entre Liniers y el Cabildo, y con conocimiento de que, el 25 de septiembre de 1808, se había constituido en Aranjuez la Suprema Junta Central Gubernativa debido a la renuncia del rey Carlos IV a la corona de España en favor de Napoleón I y a la detención de Fernando VII, fue convocado el Cabildo abierto del 1 de enero de 1809.

Ese Cabildo dispuso la constitución de una Junta de Gobierno presidida por Ruiz Huidobro, y uno de cuyos secretarios fue Mariano Moreno, que sin remover al virrey Liniers asumió el ejercicio de sus funciones. Tal decisión fue avalada por la Junta Central Gubernativa el 11 de febrero de 1809 disponiendo el reemplazo de Liniers por Baltasar Hidalgo de Cisneros.

Se trataron de actos políticos revolucionarios en su esencia, aunque quizás no en las formas, que precipitaron otro, de envergadura mayor, el 25 de mayo de 1810.

El Cabildo abierto del 22 de mayo de 1810, convocado con motivo de la intensa presión ejercida por los vecinos de Buenos Aires, resolvió integrar una Junta que debía ejercer el gobierno provisoriamente sustituyendo al virrey Cisneros. El 25 de mayo se dictó el Reglamento de gobierno para la Primera Junta presidida por Cornelio Saavedra, cuya misión debía consistir en preservar los dominios americanos del rey Fernando VII, y convocar a los representantes de las ciudades del interior a un congreso. Ese congreso debía decidir sobre la forma de gobierno provisoria que se estimara más conveniente para el Virreinato del Río de la Plata.

En el reglamento o Acta Capitular del 25 de mayo, emitido por el Cabildo, estaba bosquejada la separación de las funciones gubernamentales conforme a la estructura institucional vigente en el período colonial. El ejercicio de la función jurisdiccional quedaba reservado a la Real Audiencia. Por su parte, la Junta provisoria en ejercicio de la función ejecutiva debía rendir cuentas de sus actos al Cabildo, estando inhabilitada para imponer contribuciones sin la conformidad de ese organismo. En cierto modo, y de manera precaria, el Cabildo se reservaba el ejercicio de la función legislativa.

El 27 de mayo, la Junta provisoria emitió una circular cursando aquella convocatoria a los representantes del interior. Pero, esa circular, se apartaba de los lineamientos establecidos en el Acta Capitulada del 25 de mayo porque invitaba a esos representantes a incorporarse a la Junta provisoria.

Como consecuencia de la convocatoria, el 18 de diciembre de 1810, los representantes del interior que habían arribado a Buenos Aires pasaron a formar parte de la Junta provisoria en ejercicio de la función ejecutiva, que recibió el nombre de Junta Grande. Tal hecho determinó que, ese mismo día, Mariano Moreno presentara su renuncia al cargo de Secretario de la Junta. Consideró que la circular del 27 de mayo no se ajustaba al Acta Capitulada del 25 de mayo. Los representantes del interior habían sido convocados para conformar un congreso que debía decidir sobre la forma de gobierno, y no para ejercer el gobierno mediante su incorporación a la Junta.

Cabe destacar que Mariano Moreno, quien falleció el 4 de marzo de 1811, había esbozado un anteproyecto de constitución que no tuvo difusión pública como de su autoría y que estaba basado sobre el texto de la Constitución de los Estados Unidos (115). Fue la primera demostración de la influencia ejercida por los constituyentes norteamericanos sobre nuestro proceso constitucional (116).

Debido a los inconvenientes que presentaba el ejercicio de la función ejecutiva por un organismo colegiado tan numeroso, y los riesgos que acarrearían las derrotas militares sufridas por las tropas nacionales ante el ejército español en el norte del país, se resolvió modificar la composición del órgano ejecutivo. El 23 de septiembre de 1811, sobre la base del modelo francés post revolucionario, la Junta Grande decidió encomendar esa potestad a un organismo denominado Triunvirato. Los vocales del Primer Triunvirato fueron Feliciano Chiclana, Manuel de Sarratea y Juan José Paso, siendo sus secretarios José Julián Pérez, Bernardino Rivadavia y Vicente López.

## 61. REGLAMENTO PROVISIONAL DE 1811

El 22 de octubre de 1811, la Junta Grande dictó el primer Reglamento orgánico de carácter constitucional. Disponía que ella pasa-

---

(115) EDUARDO DURNHOFER, *Mariano Moreno inédito*, p. 95, Casa Pardo, Buenos Aires 1973.

(116) MANUEL JOSÉ GARCÍA MANSILLA y RICARDO RAMÍREZ CALVO, *Las fuentes de la constitución Nacional*, p. 59, Lexis Nexis, Buenos Aires 2006. Es una de las investigaciones más profundas sobre el tema.

ba a denominarse Junta Conservadora de los derechos de Fernando VII y de las leyes, siempre que ellas no se opusieran al "derecho supremo de la libertad civil de los pueblos americanos".

La Junta Conservadora tenía a su cargo la función legislativa. Estaba facultada para declarar la guerra, la paz, celebrar tratados, establecer impuestos, crear tribunales y dar nuevos empleos en la administración.

Las personas de los integrantes de la Junta eran inviolables, y en caso de estar involucrados en la comisión de un delito, debían ser juzgados por una comisión nombrada por la Junta para cada caso concreto.

La Junta estaba integrada por los diputados de las Provincias Unidas, quienes debían cesar en sus cargos cuando se constituyera el Congreso Nacional que debía establecer la forma definitiva de gobierno.

La función ejecutiva era ejercida por el Triunvirato, quien debía convocar al Congreso Nacional a la mayor brevedad. Sus funciones, entre otras, consistían en adoptar las medidas necesarias para la defensa del Estado, la organización del ejército, proteger la seguridad pública y la libertad civil, recaudar los fondos públicos y hacer cumplir las leyes.

Para preservar la separación de las funciones gubernamentales, el Reglamento disponía que el órgano ejecutivo no podía ejercer funciones judiciales, avocarse a las causas pendientes ni alterar la organización del Poder Judicial que quedaba reservada al Tribunal de la Real Audiencia o a la comisión que nombrara la Junta Conservadora a tal fin.

Como antecedente de las garantías que emanan del art. 18 de la Constitución, el Reglamento disponía que el Poder Ejecutivo no podía tener detenido a ningún individuo por un lapso mayor de cuarenta y ocho horas, dentro de cuyo término debía remitirlo al juez competente.

En resguardo de principios que conforman la ética republicana, establecía que el Poder Ejecutivo era responsable ante la Junta Conservadora por su conducta pública. Asimismo, los parientes de los integrantes del Poder Ejecutivo, hasta el tercer grado, no podían ser secretarios de gobierno ni ser provistos para empleos públicos sin previa consulta y aprobación de la Junta Conservadora.

La tercera y última sección del Reglamento, disponía que el Poder Judicial era independiente y que era el único órgano competente para juzgar a las personas.

Casi simultáneamente, y sin tomar como punto de referencia el Reglamento dictado por la Junta Conservadora, el 26 de octubre de 1811, el Triunvirato dictó el decreto de libertad de imprenta. Establecía que *"todo hombre puede publicar sus ideas libremente y sin previa censura"*, redacción similar a la expuesta en el artículo 14 de la Constitución de 1853/60 y en la Enmienda I de la Constitución de los Estados Unidos. Sin embargo, y con el propósito declarado de condenar el ejercicio abusivo de la libertad de prensa, imponía una serie de restricciones que desnaturalizaban su esencia, dejando la vigencia de tan preciada libertad al arbitrio del gobierno de turno.

El Reglamento Provisional de 1811 no tuvo vigencia. El Primer Triunvirato, tras someter el Reglamento a la consideración del Cabildo procedió, con la conformidad implícita de este último, a rechazar el documento y disolver la Junta Conservadora por decreto del 7 de noviembre de 1811.

Disuelta la Junta Grande, el Triunvirato dictó, el 22 de noviembre de 1811, un Estatuto Provisional y convocó a la formación de una Asamblea General que, al margen de ejercer la función legislativa debía sancionar una constitución definitiva para la nación.

El 23 de noviembre, el Triunvirato dictó el decreto sobre seguridad individual. Establecía que *"todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades; la posesión de este derecho, centro de la libertad civil y principio de todas las instituciones sociales, es lo que se llama seguridad individual"*.

Nadie podía ser penado sin previo proceso y sentencia legal, ni arrestado sin prueba fehaciente o indicios vehementes de su participación en un delito. Añadía, que las cárceles son para seguridad y no para castigo de los reos, y que toda medida que, con el pretexto de precaución, sólo sirva para mortificarlos, será castigada rigurosamente. También proclamaba la libertad de tránsito.

Como antecedente del actual estado de sitio (art. 23 CN), disponía que *"en el remoto y extraordinario caso de comprometerse la tranquilidad pública o la seguridad de la patria, podrá el gobierno suspender este decreto mientras dure la necesidad, dando cuenta inmediata a la asamblea general con justificación de los motivos y quedando responsable en todo tiempo de esta medida"*.

La Asamblea General prevista en el Estatuto Provisional de 1811 se instaló el 4 de abril de 1812. Su decisión de declararse soberana y de modificar la composición del Triunvirato, generó un conflicto político que culminó con la disolución de esa Asamblea dispuesta por el propio Triunvirato.

La concentración del poder en el Primer Triunvirato, provocó un creciente malestar en la ciudadanía, que no llegó a ser atenuado con la convocatoria a una segunda Asamblea General. La forma autoritaria en que ejerció el poder, desencadenó el golpe de estado del 8 de octubre de 1812, con la activa participación de los cuerpos militares comandados por José de San Martín y Carlos María de Alvear, que se tradujo en la remoción de los triunviros.

Tras el golpe de estado, el Cabildo reasumió la conducción gubernamental procediendo a designar al segundo Triunvirato que estuvo integrado por Juan José Paso, Antonio Álvarez Jonte y Nicolás Rodríguez Peña.

El 24 de octubre, se convocó a una nueva asamblea general constituyente, la cual comenzó a funcionar el 31 de enero de 1813. Se trató de la célebre Asamblea del año XIII.

## 62. ASAMBLEA DE 1813

La Asamblea constituida el 31 de enero de 1813 debía dar cumplimiento a dos objetivos anhelados intensamente: declarar la independencia y dictar una constitución (117). Si bien no alcanzó a concretar tales objetivos, sus actos conformaron una especie de constitución no codificada que, en gran medida, fueron respetados por los sucesivos proyectos que se presentaron hasta 1853.

En el seno de la Asamblea se trataron cuatro proyectos de constitución. Tres de ellos propiciando la organización de un Estado unitario, y uno de carácter federal.

A fines de 1812, el Triunvirato había designado una comisión, integrada, entre otros, por Valentín Gómez, Manuel José García, Pedro Agrelo e Hipólito Vieytes, para que redactara una constitución. El texto por ellos redactado, que recibió el nombre de Proyecto de la Comisión Oficial, distribuía el ejercicio del poder estatal en tres órganos de gobierno, tal como había acontecido desde el 25 de mayo de 1810, y mantenía el Triunvirato como órgano ejecutivo colegiado. Sus fuentes principales fueron la Constitución gaditana de 1812 y la Constitución francesa de 1791 y la Constitución de Filadelfia, especialmente, en la organización del órgano legislativo (118).

---

(117) JUAN R. AGUIRRE LANARI, *El proceso del constitucionalismo argentino*, p. 49, ob. cit.

(118) MANUEL JOSÉ GARCÍA MANSILLA y RICARDO RAMÍREZ CALVO, *Las fuentes de la Constitución Nacional*, p. 66, ob. cit.



También de carácter unitario fue el proyecto que elaboró la Sociedad Patriótica bajo la inspiración de Bernardo de Monteagudo, Juan Larrea, Francisco Planes y Tomás Valle. En líneas generales, su contenido era similar al de la Comisión Oficial, aunque desarrollaba con mayor precisión los derechos y garantías de los individuos. Asimismo, propiciaba la formación de un órgano ejecutivo unipersonal, asignando su titularidad a un funcionario que recibió el nombre de presidente. Sus fuentes principales fueron las constituciones francesas y, en grado mayor, la Constitución de Filadelfia.

El tercer proyecto de carácter unitario, que habría sido elaborado por algunos de los miembros de la Asamblea, se nutría básicamente, con los contenidos de algunas de las decisiones adoptadas por la Asamblea de 1813. Sus fuentes también fueron la Constitución de Cádiz de 1812, las constituciones francesas y la Constitución de Filadelfia respecto a la organización tripartita de los órganos del gobierno.

El cuarto proyecto presentado por los representantes de la Banda Oriental conforme al mandato imperativo dispuesto por Gervasio Artigas, propiciaba una organización de ésta de tipo federal con ciertas características propias de una confederación. Disponía que *"Cada provincia retiene su soberanía, libertad, o independencia, y todo poder, jurisdicción, y derecho que no esté delegado expresamente por esta confederación a las Provincias Unidas juntas en Congreso"*.

El órgano legislativo era bicameral. Estaba compuesto por una sala de representantes cuyos miembros eran elegidos cada dos años por el pueblo de cada provincia, y un senado integrado con representantes de las provincias. El titular del órgano ejecutivo era un presidente que duraba dos años en su cargo. La presidencia tenía carácter rotativo. Mediante un sorteo se elegía presidente al representante de una provincia, excluyendo aquellas cuyos representantes ya habían ejercido el cargo (119).

La Asamblea General, si bien no dictó una constitución, emitió diversas normas legales que conformaron, parcialmente, la constitución histórica del país.

El 2 de febrero de 1813 establece la *"libertad de vientres"*, disponiendo que todos los hijos de esclavos nacidos a partir del 31 de

---

(119) MANUEL JOSÉ GARCÍA MANSILLA y RICARDO RAMÍREZ CALVO, *Las fuentes de la Constitución Nacional*, p. 69, ob. cit. Los autores destacan que el proyecto fue una traducción casi literal de los Artículos de Confederación de 1777 y de la Constitución estadounidense de 1787, incluyendo algunos artículos de la Constitución de Massachussets y de Virginia.

enero de 1813 *“sean considerados y tenidos por libres”*. El 6 de marzo emitió un reglamento para la educación de los libertos. El 21 de mayo abolió el uso de tormentos *“para el esclarecimiento de la verdad e investigación de los crímenes”*. El 13 de agosto prohibió los mayorazgos. El 18 de octubre prohibió la exhibición en las fachadas de los edificios de todo signo o distintivo de nobleza.

También suprimió, con respecto a los indios, la mita y el yanaconazgo, concluyendo así con la servidumbre a que eran sometidos aquéllos. Finalmente, y como actos demostrativos del ejercicio de un poder soberano, la Asamblea creó el escudo nacional, adoptó el himno oficial y dispuso la acuñación de moneda nacional.

Con el propósito de dotar de mayor eficiencia a la función ejecutiva, el 22 de enero de 1814, la Asamblea sustituyó al Triunvirato por el Directorio, siguiendo el proceso que, en tal sentido, se había desarrollado en Francia. El primer titular de este nuevo órgano ejecutivo fue Gervasio Posadas quien, el 9 de enero de 1815 fue sucedido por Carlos María de Alvear.

Disuelta la Asamblea General, el ejercicio del poder fue reasumido por el Cabildo de Buenos Aires, quien dispuso integrar la Junta de Observaciones, con potestades legislativas, para que sancionara un estatuto provisional. Ese Estatuto, dictado el 5 de mayo de 1815, al margen de la organización transitoria que preveía, dispuso que se debía invitar a los representantes que designaran las provincias para integrar un congreso que, reunido en la ciudad de Tucumán, debía sancionar una constitución. Tal disposición determinó el funcionamiento del Congreso de Tucumán.

### 63. EL CONGRESO DE TUCUMÁN

El Congreso de Tucumán, que comenzó a funcionar el 24 de marzo de 1816 tenía, como objetivos fundamentales, determinar la forma de gobierno, declarar la independencia y sancionar una constitución para regir en todo el país.

El 9 de julio el Congreso declaró la independencia proclamando: *“Nos, los representantes de las Provincias Unidas del Río de la Plata, reunidos en congreso general, invocando al Eterno que preside el universo, en el nombre y por la autoridad de los pueblos que representamos, protestando al cielo, a las naciones y hombres todos del globo la justicia, que regla nuestros votos, declaramos solemnemente a la faz de la tierra, que es voluntad unánime e indubitable de estas Provincias romper los violentos vínculos que las ligaban a los reyes de España,*

*recuperar los derechos de que fueron despojados, e investirse del alto carácter de Nación libre e independiente del rey Fernando VII, sus sucesores y metrópoli. Quedan en consecuencia de hecho y de derecho con amplio y pleno poder para darse las formas que exija la justicia e impere el cúmulo de sus actuales circunstancias. Todas, y cada una de ellas, así lo publican, declaran y ratifican, comprometiéndose por nuestro medio al cumplimiento y sostén de ésta su voluntad, bajo el seguro y garantía de sus vidas, haberes y fama”.*

Una vez declarada la independencia, debido a los conflictos políticos que se suscitaban en el seno de algunas provincias y ante la amenaza de una invasión española, el Congreso resolvió trasladarse a la ciudad de Buenos Aires.

El 3 de diciembre de 1817, el Congreso sancionó el Reglamento Provisorio que ordenaba el funcionamiento gubernamental hasta tanto se dictara la tan anhelada constitución. A pesar de la raíz federal sobre la cual se apoyó la Declaración de Independencia, el Reglamento presentaba claras características unitarias.

En efecto, disponía que los gobernadores eran elegidos por el Director de una lista de candidatos que debían remitir los cabildos.

El Reglamento reproducía cláusulas contenidas en varios precedentes constitucionales, pero también contenía algunas disposiciones novedosas que sirvieron de sustento al texto constitucional de 1853/60.

Prescribía que los derechos de los habitantes del Estado eran la vida, la honra, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad. Añadía que *“El primero, tiene un concepto tan uniforme entre todos que no necesita mas explicación. El segundo, resulta de la buena opinión que cada uno se labra para con los demás por la integridad y rectitud de sus procedimientos. El tercero, es la facultad de obrar cada uno a su arbitrio, siempre que no viole las leyes, ni dañe los derechos de otro. El cuarto, consiste en que la ley bien sea preceptiva, penal o tuitiva, es igual para todos, y favorece igualmente al poderoso que al miserable para la conservación de sus derechos. El quinto, es el derecho de gozar de sus bienes, rentas y productos. El sexto, es la garantía que concede el Estado a cada uno, para que no se viole la posesión de sus derechos, sin que primero se verifiquen aquellas condiciones que estén señaladas por la ley para perderla. Todo habitante del Estado, sea americano o extranjero, sea ciudadano o no, tendrá el goce de estos derechos”* (secc. 1, cap. 1, arts. 1 a 3).

Disponía que *“La Religión Católica, Apostólica, Romana es la Religión del Estado”* (secc. 1, cap. 2, art. 1).

Entre los deberes del hombre señalaba que *"debe primero, sumisión completa a la ley, haciendo el bien que ella prescribe, y huyendo del mal que prohíbe"* (secc. 1, cap. 6, art. 1).

El capítulo 7º de la sección I, al establecer los *"deberes del cuerpo social"*, contiene cláusulas que bien pueden ser calificadas como antecedentes del constitucionalismo social: *"El Cuerpo social debe garantizar, y afianzar el goce de los derechos del hombre. Aliviar la miseria y desgracia de los ciudadanos, proporcionándoles los medios de prosperar e instruirse. Toda disposición o estatuto, contrario a los principios establecidos en los artículos anteriores será de ningún efecto"*. Esta cláusula, a igual que otras contenidas en el Reglamento, revelan la inexactitud en que se incurre al sostener que, el constitucionalismo del siglo XIX era individualista. La preocupación por la cuestión social estuvo ya presente en los albores del constitucionalismo argentino.

El Congreso se reservaba el ejercicio de la función legislativa.

La función ejecutiva era asignada al Director, cuyo nombramiento correspondía al Congreso. Entre otras facultades, tenía a su cargo la ejecución de las leyes; ser comandante en jefe de las fuerzas armadas del Estado; ejercer la representación exterior de las Provincias Unidas; iniciar, concluir y firmar tratados internacionales que debían ser aprobados por el Congreso a los fines de su ratificación externa; ejercía el patronato; nombraba a los tres secretarios, o ministros, que eran de gobierno, hacienda y guerra.

El Poder Ejecutivo no podía ejercer funciones jurisdiccionales; establecer o aumentar contribuciones; violar la correspondencia de los ciudadanos.

De manera similar al art. 18 de la Constitución de 1853/60, establecía que *"Siendo las cárceles para la seguridad y no para el castigo de los reos, toda medida que a pretexto de precaución solo sirva para mortificarlos maliciosamente, será corregida por los tribunales superiores, indemnizando a los agraviados por el orden de justicia"* (secc. 4, cap. 3, art. 18).

Como antecedente del actual art. 19 de la Constitución, ordenaba que *"Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan el orden público, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados"* (secc. 7, cap. 1, art. 1). *"Ningún habitante del Estado estará obligado a hacer lo que no manda la ley clara y expresamente, ni privado de lo que ella del mismo modo no prohíbe"* (secc. 7, cap. 1, art. 2).

Para afianzar las garantías de los derechos, disponía que las disposiciones "*relativas a la seguridad individual, jamás podrán suspenderse*" (secc. 7, cap. 1, art. 13).

Finalmente, reproducía, como partes integrantes del Reglamento Provisorio, las normas contenidas en el decreto de libertad de imprenta del 26 de octubre de 1811.

El Congreso concluyó su labor dando cumplimiento a otro de los grandes objetivos que le fueron asignados. El 22 de abril de 1819 sancionó el primer texto constitucional orgánico para el Estado.

#### 64. CONSTITUCIÓN DE 1819

La Constitución de 1819, jurada solemnemente el 25 de mayo de ese año, en el marco de un conflictivo proceso político interno cuya intensidad se incrementó hasta culminar en la anarquía nacional, desde sus comienzos estuvo destinada al fracaso. Este hecho quedó manifestado claramente cuando la Constitución no fue aceptada por la Banda Oriental y las provincias de Corrientes, Entre Ríos y Santa Fe.

Linares Quintana escribe que "*No obstante algunos méritos teóricos y que algunas de sus cláusulas sirvieran de inspiración a la organización constitucional definitiva del país, la Constitución del 22 de abril de 1819 no se ajustaba a los antecedentes, ni a las aspiraciones, como tampoco a la realidad sociopolítica del pueblo argentino, todo lo cual explica que no tuviera vigencia*" (120).

Consideramos que no es razonable desmerecer la labor desarrollada por el Congreso, que cumplió con dos de los objetivos que motivaron su funcionamiento: declarar la independencia y sancionar una constitución.

Hubo tres factores que condujeron al fracaso de la Constitución de 1819. En primer lugar, no precisó debidamente la forma republicana de gobierno que acarrearía suspicacias sobre una eventual inserción de la monarquía constitucional. Forma de gobierno que, si bien había sido aceptada de manera coyuntural por algunas figuras políticas destacadas como Manuel Belgrano, Acevedo, Castro Barros, Sánchez de Loria y Pacheco de Melo, no contaba con la adhesión de la ciudadanía.

---

(120) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. II, p. 623, ob. cit.

El segundo factor, fue la organización unitaria del Estado, apartándose de los precedentes del Cabildo abierto del 22 de mayo de 1810 y del sentimiento imperante en el interior del país.

El tercer factor, fue la paulatina pérdida de autoridad registrada en el gobierno central y el consecuente surgimiento del caudillismo con su bandera de preservación de la independencia originaria de las provincias.

En ese contexto político, se podría afirmar que los autores de la Constitución de 1819 se prodigaron en forjar una obra teórica, plena de virtudes, aunque carente del realismo indispensable. Pecaron ingenuamente en creer que, la sanción de una norma jurídica fundamental, determinaría la automática sumisión a ella de los intereses y pasiones políticas.

Las fuentes de la Constitución de 1819 fueron, básicamente, los proyectos presentados en la Asamblea del año XIII por la Comisión Oficial y la Sociedad Patriótica, el Reglamento Provisional de 1817, la Constitución gaditana de 1812, la Constitución francesa de 1791 inspirada en el pensamiento de Montesquieu y, por primera vez de manera explícita, la Constitución de los Estados Unidos.

Tras declarar que la religión católica apostólica romana era la religión del Estado, y que el gobierno debía protegerla de manera eficaz (art. I), disponía la separación de las funciones gubernamentales entre los órganos legislativo, ejecutivo y judicial.

La función legislativa correspondía a un Congreso integrado por dos cámaras: la de Representantes y el Senado (art. III).

Los representantes, que duraban en sus cargos cuatro años, aunque la cámara se renovaba en su mitad cada dos años, eran elegidos por los ciudadanos en proporción de uno por cada 25.000 habitantes o fracción no inferior a 16.000 (arts. IV y VI).

A ella le correspondía la iniciativa para la sanción de leyes en materia de contribuciones, tasas e impuestos (art. VII).

Para ser elegido representante se exigían las siguientes condiciones: siete años de ciudadanía; veintiséis años de edad; posesión de bienes por valor de cuatro mil pesos o, en su defecto, el ejercicio de un arte, profesión u oficio útil; no depender del Poder Ejecutivo por servicios a sueldo (art. V).

La Cámara de Representantes tenía la facultad de acusar, ante el Senado, a los miembros de los tres órganos del gobierno, ministros, embajadores, arzobispos y obispos, generales de los ejércitos, gobernadores y jueces superiores de las provincias, requiriendo su

remoción por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos, infracciones a la Constitución, u otros que según las leyes merecieran pena de muerte o infamia (art. VIII). La acusación se debía presentar ante el Senado para proceder al juzgamiento del funcionario. El Senado por el voto de los dos tercios podía separar al funcionario de su cargo y declararlo inhábil para ejercer otra función en el gobierno (arts. XVIII y XIX). Se tratan de normas similares a las contenidas en los artículos 53, 59 y 60 de la Constitución de 1853/60.

La integración del Senado respondía a un criterio corporativo. Estaba compuesto por un número igual de representantes por cada provincia; tres senadores militares con grado no inferior al de coronel mayor; un obispo; tres eclesiásticos; un senador por cada universidad; y el Director una vez concluido su período de gobierno y hasta que cesara en el cargo su sucesor, quien lo reemplazaba en la integración del Senado (arts. X y XIII).

Eran condiciones para ser nombrado senador: treinta años de edad; nueve de ciudadanía; tener bienes por ocho mil pesos, una renta equivalente, *"o una profesión que lo ponga en estado de ser ventajoso a la sociedad"* (art. XI).

Cada cámara era juez de las elecciones de sus miembros por la mayoría absoluta de votos (art. XXII); nombraba a sus autoridades (art. XXIII). Las sesiones de las cámaras debían ser simultáneas, exigiendo un quorum de las dos terceras partes de los miembros de la cámara (art. XXIV). Asimismo, aquéllas podían hacer comparecer a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir los informes que estimasen convenientes (art. XXX).

Se preveían, para los legisladores, prerrogativas similares a las establecidas en la Constitución de 1853/60. La inmunidad de arresto, salvo cuando el legislador fuera sorprendido in fraganti en la comisión de un delito que mereciera la pena de muerte, infamia u otra aflictiva. La prerrogativa se extendía al procesamiento, debiendo cursarse a la cámara correspondiente una información sumaria del hecho (art. XXVI). Los legisladores no podían ser molestados por las opiniones que emitieran en el recinto pudiendo, cada cámara, castigar a sus miembros por desorden de conducta y con la concurrencia de las dos terceras partes removerlos de sus cargos (art. XXVII). Establecía el desafuero de los legisladores por el voto de los dos tercios poniéndolos a disposición del tribunal judicial para su juzgamiento (art. XXVIII). Ningún legislador podía ser empleado del Poder Ejecutivo sin su consentimiento y el de la cámara respectiva (art. XXIX).

La Constitución establecía una compensación económica para los representantes por sus servicios (art. IX), sin incluir una potestad similar para los senadores.

Los senadores tenían un mandato por doce años, y la cámara se renovaba por tercios cada cuatro años (art. XII).

Entre las facultades conferidas al Congreso cabe citar la de sancionar leyes (art. XXXI); decretar la guerra y la paz (art. XXXII); establecer contribuciones proporcionalmente iguales en todo el territorio del país (art. XXXIII); fijar, a propuesta del órgano ejecutivo, la fuerza de línea de mar y tierra en tiempo de paz (art. XXXIV); recibir empréstitos (art. XXXVI); reglar el procedimiento judicial y crear tribunales inferiores (art. XXXVII); crear y suprimir empleos (art. XXXVIII); reglar el comercio interior y exterior (art. XXXIX); fijar los límites territoriales del Estado y de las provincias (art. XL); habilitar puertos (art. XLI); formular planes uniformes de educación pública y proveer al sostenimiento de los establecimientos educacionales (art. XLII); recibir anualmente del Poder Ejecutivo, para examinarla y juzgarla, la cuenta general de rentas públicas (art. XLIII); reglar la moneda, los pesos y medidas (art. XLV).

Las leyes se sancionaban por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada cámara (art. XLIX), y los proyectos desechados por una de las cámaras no podían ser repetidos en las sesiones del año en curso (art. LI). Dentro de los quince días de aprobados los proyectos de leyes, podían ser observados por el Poder Ejecutivo y, para su entrada en vigencia, se requería la insistencia de cada cámara por el voto de los dos tercios (arts. LIII y LV).

Al establecer el órgano Ejecutivo de gobierno, la Constitución disponía: "*El Supremo Poder Ejecutivo de la Nación se expedirá por la persona en quien recarga la elección de Director*" (art. LVI). Las condiciones requeridas para ser elegido Director eran: ser ciudadano natural del territorio de la Unión; seis años de residencia inmediata en ella; edad mínima de treinta y cinco años; no ser senador o representante (arts. LVII y LVIII).

Su mandato era de cinco años (art. LX). La elección era realizada por las cámaras del Congreso reunidas en asamblea, por el voto de la mayoría absoluta de cada cámara. Si ningún candidato obtenía esa mayoría la elección se limitaba entre los tres candidatos más votados, y si tampoco se alcanzaba aquella mayoría, la elección se circunscribía entre los dos candidatos más votados. Si después de tres votaciones subsistía un empate entre los dos candidatos más votados, la elección del Director se hacía por sorteo (arts. LXII a LXIX). El Director podía ser reelecto por una sola vez mediante el voto de



los dos tercios de cada cámara (art. LXXIII). Por la prestación de sus servicios debía recibir una compensación económica que fijaban las cámaras, la cual no podía ser reducida ni aumentada durante su mandato (art. XCI).

Estaba a cargo del Director: ser jefe supremo de todas las fuerzas de mar y tierra (art. LXXIV); publicar y ejecutar las leyes (art. LXXV); disponer la apertura de las sesiones del Congreso (art. LXXVI); convocar al Congreso a sesiones extraordinarias (art. LXXVII); dirigir los ejércitos para la defensa del Estado, rechazar las invasiones exteriores, prevenir las conspiraciones y sofocar los tumultos populares (arts. LXXIX y LXXX); nombrar a sus ministros (art. LXXXII); celebrar tratados con naciones extranjeras con el consentimiento de los dos tercios de senadores presentes (art. LXXXIII); expedir cartas de ciudadanía (art. LXXXIV); nombrar empleados (art. LXXXV); a propuesta en terna del Senado, nombrar a los arzobispos y obispos (art. LXXXVI); indultar o conmutar la pena capital (art. LXXXIX).

El ejercicio supremo del Poder Judicial era conferido a una Alta Corte de Justicia compuesta por siete jueces y dos fiscales (art. XCII). Cláusula similar a la insertada en el texto constitucional de 1853.

Las condiciones para ser miembro de la Alta Corte eran: abogado; ocho años de ejercicio público de la abogacía; una edad mínima de cuarenta años (art. XCIII). Eran nombrados por el Director con acuerdo del Senado, ejerciendo el cargo por el tiempo "de su buen comportamiento" (arts. XCIV y CII).

Eran de competencia originaria y exclusiva de la Alta Corte todas las causas concernientes a representantes de las naciones extranjeras; aquellas en que sea parte una provincia; las cuestiones contenciosas o sobre límites que se susciten entre las provincias; las que tuvieran su origen en contratos celebrados por el gobierno con un particular; el juzgamiento de los funcionarios públicos removidos de sus cargos por el Senado haciendo lugar a la acusación hecha por los representantes (art. XCVII). Por vía de apelación entendía en los casos referentes a la aplicación de las normas contenidas en los tratados; de los crímenes cometidos contra el derecho público de las naciones; y en todos los casos en que así lo dispusiera la ley (art. XCVIII).

La Constitución, además de garantizar la inamovilidad de los jueces del Alto Tribunal, también establecía la intangibilidad de sus remuneraciones. Ellas, que eran fijadas por el Congreso, no podían ser disminuidas (art. CIII).

En el capítulo referente a los derechos particulares, la Constitución disponía que nadie puede ser privado, sino conforme a las le-

yes, de los derechos a la vida, reputación, libertad, seguridad y propiedad (art. CIX). Todos los hombres son iguales ante la ley (art. CX). La libertad de publicar sus ideas por la prensa "es un derecho tan apreciable al hombre, como esencial para la conservación de la libertad civil de un Estado" (art. CXI). Las acciones privadas de los hombres que no ofendan al orden público ni perjudiquen a un tercero están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (art. CXII). Nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe (art. CXIII). Garantizaba la inviolabilidad de la correspondencia y de los papeles privados (art. CXV). Nadie podía ser arrestado sin semiplena prueba o indicios vehementes de la comisión de un delito que mereciera una pena corporal (art. CXVI). Las cárceles debían servir para la seguridad y no para el castigo de los reos (art. CXVII). Nadie podía ser condenado sin previo debido proceso y sentencia legal (art. CXVIII). Disponía la inviolabilidad del domicilio, autorizando los allanamientos por orden judicial (arts. CXIX y CXX). Declaraba que la propiedad es "*un derecho sagrado e inviolable*" de la cual nadie podía ser privado sin previo juicio conforme a las leyes y que, la expropiación, debía ser acompañada con una justa compensación (arts. CXXIII y CXXIV). Prohibía conceder títulos de nobleza hereditaria, abolía el tráfico de esclavos y su introducción al territorio del país (art. CXXVII y CXXIX). Con respecto a los indígenas establecía: "*Siendo los indios iguales en dignidad y en derechos a los demás ciudadanos, gozarán de las mismas preeminencias y serán regidos por las mismas leyes. Queda extinguida toda tasa o servicio personal bajo cualquier pretexto o denominación que sea. El Cuerpo Legislativo promoverá eficazmente el bien de los naturales por medio de leyes que mejoren su condición hasta ponerlos al nivel de las demás clases del Estado*" (art. CXXVIII).

Las funciones preconstituyente y constituyente, fueron otorgadas al Congreso sujeto al control del Director.

La moción para reformar uno o varios artículos de la Constitución debía ser apoyada por la cuarta parte de los miembros de la cámara donde fuera presentada (art. CXXX). Aprobada la moción, su sanción requería del voto de los dos tercios de los miembros de cada una de las cámaras (art. CXXXI). Esa decisión debía ser comunicada al Poder Ejecutivo (art. CXXXII). Si el Poder Ejecutivo expresaba su disconformidad con la reforma propuesta, para sancionar la necesidad de ella se imponía el voto de las tres cuartas partes de cada cámara (art. CXXXIII). Obtenida esa mayoría el texto de la reforma pasaba al Poder Ejecutivo para su publicación. En esa última instancia, el Poder Ejecutivo podía insistir con sus observaciones remitiendo la reforma al Congreso, pero si ambas cámaras, por el voto de las

tres cuartas partes de cada una, rechazaba las objeciones del Poder Ejecutivo, quedaba sancionada la reforma constitucional (art. CXXXIV).

La Constitución de 1819 fue aprobada por relevantes personalidades, algunas de las cuales habían tenido, y otras iban a tener, una participación decisiva en el proceso político argentino. Entre ellas, podemos citar a Gregorio Funes, José Serrano, Pedro Gallo, Tomás Godoy Cruz, Antonio Sáenz, Vicente López, Teodoro Sánchez de Bustamante, José Malabía, Miguel de Azcuénaga, José Díaz Velez, Juan José Paso, Pedro de Castro Barros, Pedro Uriarte, Juan José Viamonte, Pedro Rivera, Luis Chorroarín, José Pacheco de Melo y Manuel Acevedo.

## 65. CONSTITUCIÓN DE 1826

Sancionada la Constitución de 1819, Juan Martín de Pueyrredón renunció al cargo de Director, para que se procediera a su cobertura conforme a las normas contenidas en aquélla. El Congreso nombró Director al general José Rondeau, cuya autoridad fue desconocida por Gervasio Artigas, Francisco Ramírez y Estanislao López.

El enfrentamiento entre el Gobierno nacional y algunos gobiernos provinciales, culminó el 1 de febrero de 1820 con la derrota de las fuerzas nacionales en la batalla de Cañada de Cepeda. Tal hecho determinó la disolución del Congreso, la renuncia de Rondeau y que, el Cabildo de Buenos Aires, resolviera crear una Junta de Representantes para el gobierno local, la cual nombró gobernador a Manuel de Sarratea.

Para concretar la paz entre las provincias beligerantes y establecer ciertas bases que permitieran revertir la anarquía existente, retornando al cauce de la unidad nacional, se suscribieron entre ellas diversos tratados. Entre tales cabe citar el Pacto de Pilar del 23 de febrero de 1820 entre Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe; el tratado de Benegas del 24 de noviembre de 1820 entre Buenos Aires y Santa Fe con la mediación de la provincia de Córdoba; y el tratado del Cuadrilátero del 25 de enero de 1822 entre Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes que, ante el fracaso del Congreso que debía ser realizado en Córdoba, acordó que, de darse las condiciones convenientes, las partes procederían a convocar un nuevo congreso constituyente.

Restablecido el orden interno, y considerando que estaban dadas las condiciones a tal fin, el 6 de diciembre de 1824 Buenos Aires decidió invitar a las provincias para constituir un nuevo congreso constituyente, el cual quedó instalado el 16 de diciembre de ese año.

El 23 de enero de 1825, el Congreso General Constituyente, resolvió sancionar la Ley Fundamental para regular las relaciones entre las provincias hasta tanto fuera sancionada la Constitución. A tal fin, se acordó que las provincias se regirían por sus propias instituciones; que correspondía al Congreso dictar las medidas necesarias para preservar la independencia, integridad, seguridad, defensa y prosperidad de las Provincias del Río de La Plata; y que provisoriamente se encomendaba al gobierno de Buenos Aires el ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional para la representación externa de la nación, mediante la celebración de tratados que debían ser autorizados por el Congreso.

El 6 de febrero de 1826, el Congreso sancionó una ley estableciendo un Poder Ejecutivo permanente para ejercer las funciones que habían sido transferidas al gobierno de Buenos Aires. El titular del órgano ejecutivo recibió la denominación de presidente. El 7 de febrero de 1826 el Congreso designó Presidente de las Provincias Unidas del Río de la Plata a Bernardino Rivadavia. El 4 de marzo el Congreso declaró a la ciudad de Buenos Aires como capital del Estado y, el 7 de marzo, dispuso el cese del gobierno de Buenos Aires.

En la sesión del Congreso Constituyente, correspondiente al 14 de julio de 1826, la comisión de negocios constitucionales informó que se habían pronunciado por la forma federal las provincias de Córdoba, Mendoza, San Juan y Santiago del Estero. Por la forma unitaria, las provincias de Salta, Tucumán y La Rioja. Por lo que decidiera el Congreso, las provincias de Catamarca, San Luis y Corrientes. No habían emitido expresamente su opinión las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos, Misiones y la Banda Oriental.

De todas maneras, y conforme a las instrucciones impartidas por algunas de estas últimas provincias a sus representantes, cabía concluir que Santa Fe se pronunciaba por el federalismo y que, Buenos Aires y Misiones, se sometían a la decisión del Congreso Constituyente. Tal circunstancia determinaba que, al no existir una mayoría definida, correspondía al Congreso resolver si se adoptaba la forma federal o unitaria.

La comisión de negocios constitucionales, en su informe, proponía la adopción de la forma unitaria por tres razones. La escasa población que había en algunas provincias que no superaba los quince mil habitantes "*esparcidos en distancias enormes*". La inexistencia de recursos, en muchas de ellas, que les impedían "*subvenir a las primeras necesidades de la comunidad*". La falta de una adecuada ilustración en la mayoría de sus ciudadanos que los tornaban ineptos para conducir su propio gobierno autónomo conforme a los principios republicanos.

Manuel Dorrego, en el seno del Congreso, apoyó firmemente la forma federal, ofreciendo soluciones transitorias para remediar temporalmente las razones expuestas por la comisión. Entendía que reunían todas las condiciones para funcionar de manera autónoma la Banda Oriental, Córdoba, Salta y Cuyo. Asimismo, se podían conformar uniones transitorias entre Santa Fe y Buenos Aires; Entre Ríos, Corrientes y Misiones; Buenos Aires y Santa Fe; La Rioja y Catamarca; Santiago del Estero y Tucumán. Citando el ejemplo de los Estados Unidos de América, decía que *"tiene una extensión inmensa de territorio, que tomaba desde el Atlántico hasta el Pacífico ochocientas o novecientas leguas, en ese territorio, ¿qué población tenía en aquella época en que se declararon independientes? Yo creo que la población debe considerarse respectiva al lugar. Y ¿qué ha sucedido? Lo que era natural, que siendo el medio más fácil para aumentar su población una marcha que guarda su consonancia con los principios de sus naturales, no asciende su población a once millones. ¿Qué población tenían las Floridas cuando entraron en poder de los Estados Unidos por el gobierno español? Una población pequeña, como de quince mil habitantes. ¿Y esta población de qué era compuesta? Por lo general, de algunos españoles pescadores y castas; y esto ha obligado a los Estados Unidos a hacer que la Indiana y otros varios territorios posteriormente compongan Estados independientes unos de otros, pasando actualmente de veinte. ¿Y ha sido óbice el ser poblaciones pequeñas para que los Estados Unidos hayan hecho eso? No señor; todo lo contrario, desde el momento que los Estados Unidos han encontrado un territorio regular capaz de declararlo Estado, ya lo declaró tal. Mas entre nosotros todo al revés; todo el empeño es coartar que un Estado llegue a constituirse tal Estado, y hacer que se organice de tal modo que los unos detengan sus progresos y los otros retrograden. ¿Y qué inconveniente han hallado los Estados Unidos en este caso? Ninguno. Lo único que se ha palpado es la prosperidad y todo género de ventajas, y eso es lo que les ha hecho llegar a un estado de perfección, según nos lo refiere la historia, a pesar de haber tenido el intermedio de una guerra"*.

El 24 de diciembre de 1826, el Congreso sancionó la Constitución imponiendo una forma unitaria para la organización del Estado. Fueron pocos los integrantes de ese cuerpo que expresaron su oposición a esa forma. Además de Dorrego, cabe citar a José María Rosas, Pedro Cavia, Francisco Igarzábal, Evaristo Carriego, Mateo Vidal, José Ugarteche y Santiago Funes, entre otros.

Establecía que *"La nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa, consolidada en unidad de régimen"* (art. 7º).

El Poder Legislativo se componía de dos cámaras: una de representantes y otra de senadores (art. 9º).

Los representantes eran elegidos en los distritos electorales conformados por las provincias, de manera directa y a simple pluralidad de sufragios, a razón de uno por cada quince mil habitantes o fracción igual a ocho mil (art. 10). Su mandato era de cuatro años, y la cámara se renovaba por mitad cada bienio (art. 16). Se le otorgaba la iniciativa para la sanción de leyes impositivas (art. 18), y se reproducían las cláusulas de la Constitución de 1819 referentes al juicio de remoción de ciertos funcionarios (arts. 19, 27, 28 y 29).

Los senadores eran elegidos, de manera indirecta, dos por provincia (art. 23), sus mandatos eran por nueve años y la cámara se renovaba por tercios cada tres años (art. 26).

Las prerrogativas de las cámaras y de los legisladores, eran similares a las contempladas por la Constitución de 1819 (arts. 32 a 39). Otro tanto cabe decir respecto de las funciones del Congreso (arts. 40 a 58) y del procedimiento para la sanción de las leyes (arts. 59 a 67).

El Poder Ejecutivo se encargaba a una sola persona, bajo el título de Presidente de la República Argentina (art. 68). Su elección se concretaba indirectamente a través de juntas de electores que se debían reunir en cada provincia, con la particularidad que, en cada una de ellas, había quince electores (art. 73).

Resultaba electo presidente quien obtenía los dos tercios de votos de los electores. De no ser así, el Congreso conformaba una terna con los tres candidatos que obtenían más votos, y por mayoría absoluta debía designar presidente a uno de ellos. A falta de esa mayoría, la elección se decidía entre los dos candidatos que habían obtenido más votos después de la primera intervención del Congreso (arts. 23, 78, 79 y 80).

Las atribuciones del órgano ejecutivo, también eran similares a las previstas en la Constitución de 1819, aunque detalladas con mayor precisión (arts. 81 a 101). Se mantenía la facultad de indultar, y se incorporaba, para el Congreso, la potestad de "acordar amnistías, cuando grandes motivos de interés público lo reclamen" (art. 50).

Con respecto al Poder Judicial, su jefatura correspondía a una Corte de Justicia compuesta de nueve jueces y dos fiscales (art. 111). Su nombramiento emanaba del presidente con acuerdo del senado (art. 113). En materia de competencia originaria y derivada de la Corte, se reproducía el esquema de la Constitución de 1819 (arts. 118 a 124). Preveía una doble instancia para las cuestiones de competencia originaria de la Corte. Consistía en que el caso debía ser resuelto en primera instancia por tres de sus miembros y, los seis restantes, intervenían como tribunal de alzada (art. 122).

Los gobernadores provinciales eran elegidos por el presidente de una terna propuesta por los concejos de administración (art. 132). Los gobernadores duraban en sus cargos tres años y no podían ser reelectos en forma inmediata (art. 135). La reelección inmediata del presidente también estaba vedada por la Constitución, que le otorgaba un mandato de cinco años (art. 71).

En cada provincia se debía constituir un concejo de administración integrado por no menos de siete personas, ni más de quince, los cuales eran elegidos directamente por los ciudadanos (art. 141).

En los artículos 159 a 181 se enunciaban los derechos y garantías de todos los habitantes, siguiendo los lineamientos del Reglamento Provisional de 1817 y la Constitución de 1819. Las normas de esta última fueron reproducidas para fijar el procedimiento de reforma constitucional (arts. 182 a 186).

La vigencia de la Constitución estaba condicionada a su aceptación por las dos terceras partes de las provincias, incluyendo a la Capital de la República (art. 188).

Precisamente, este último requisito no tuvo cumplimiento. Ninguna provincia aceptó la Constitución, de manera que no tuvo vigencia. Tal circunstancia, determinó la renuncia de Rivadavia el 30 de junio de 1827 y la posterior disolución del Congreso constituyente. Antes de operarse la disolución, el Congreso ratificó la vigencia de la Ley Fundamental del 23 de enero de 1825 eligiendo presidente provisorio a Vicente López y Planes.

Rescatando los valores de ese frustrado proyecto constitucional, Vanossi escribe que *"la Constitución de Rivadavia, en consonancia con las ideas definidas por éste durante su actuación en época del Triunvirato y en la gobernación de Martín Rodríguez, une a su progresismo un acentuado celo por el perfeccionamiento mecánico del poder, consistente en armonizar la eficacia requerida en las funciones con el deslinde y balanceo de los órganos en justo equilibrio"*.

Añade, aplicando un enfoque político, que *"la Constitución de 1826 no era la panacea ni pretendía avanzar hacia la curación de todos los males que azotaban a la joven nacionalidad argentina. La semilla de la discordia interior ya había germinado y estábamos en antecámara de la disolución como Estado-Nación. Los Constituyentes eran conscientes de las dificultades que afrontaría el intento de plasmar en realidad e imprimir vigencia a un proyecto de equilibrio, que diera lugar a lo que alguien graficó como un paralelismo en contacto. Las cosas se dieron con seria adversidad para el partido unitario y la suer-*

*te se inclinó por una solución de rótulo federal pero de naturaleza eminentemente centralista y hegemónica*"(121).

Al restaurarse el poder soberano en las provincias, Buenos Aires constituyó su Junta de Representantes y se procedió, el 12 de agosto de 1827, designar gobernador a Manuel Dorrego.

El fracaso de la obra que gestó la Constitución de 1826 era previsible. Sus autores incurrieron en igual error que los constituyentes de 1819. Mal se podía concretar la organización jurídica de la unión nacional sin tener en cuenta la voluntad de quienes debían integrarla. Ni por la fuerza de las armas, ni mediante artilugios de política agonal.

Ese fracaso no hizo más que incrementar las diferencias entre unitarios y federales, con su secuela incontenible de rencores y odios inconciliables que sumieron a la República, durante más de veinticinco años, en luchas fratricidas y sangrientas, en la intolerancia, en el desconocimiento de los derechos más elementales y en un clima de inseguridad que trabó toda posibilidad de forjar el inicio de un sostenido progreso racional.

Refiriéndose a ese enfrentamiento, Estrada señalaba que ambos bandos *"servían a la civilización y querían extirpar a la barbarie. La divergencia no estaba en el fin, sino en los medios. Los unitarios querían vencerla; los federales domesticarla. Los unitarios se estrellaban de frente con la antorcha en la mano; los federales querían filtrar la luz gradualmente"* (122).

## 66. CONSTITUCIÓN DE 1853/60

La fase final del proceso preconstitucional se inició el 3 de febrero de 1852 con la batalla de Caseros. La deposición del gobernador de Buenos Aires, Juan Manuel de Rosas, por las fuerzas comandadas por Justo José de Urquiza, posibilitó la suscripción, el 31 de mayo de 1852, del Acuerdo de San Nicolás. En virtud del mismo, y ratificando el objetivo expuesto en el Pacto Federal de 1831, las Provincias acor-

---

(121) VANOSI, JORGE R., *La Constitución Nacional de 1826: una fuente señera y permanente*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires 2005.

(122) JOSÉ MANUEL ESTRADA, *Lecciones sobre la historia de la República Argentina*, Obras Completas, t. II, p. 322, Ed. Librería del Colegio, Buenos Aires 1896, citado por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA en *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. II, p. 642, ob. cit.



daron en convocar a un congreso general constituyente para que sancionara la Constitución bajo la cual quedarían políticamente unidas.

El 8 de noviembre de 1852, dando cumplimiento al Acuerdo, el Director Provisorio de la Confederación Argentina —Justo José de Urquiza— convocó al Congreso General Constituyente que comenzó a funcionar el 15 de noviembre en la ciudad de Santa Fe.

Integraron ese Congreso destacadas figuras de la vida política y del pensamiento jurídico: José Manuel Pérez, Eusebio Blanco, Juan del Campillo, Pedro Díaz Colodrero, Agustín Delgado, Adeodato de Gondra, Juan María Gutiérrez, Delfín Huergo, Manuel Leiva, Benjamín Lavaisse, Manuel Padilla, José Quintana, Luciano Torrent, Clemente Villada, Salustiano Zavala, Pedro Centeno, Facundo Zuviría, José Benjamín Gorostiaga, Juan Francisco Seguí, José Ruperto Pérez, Pedro Ferré, Regis Martínez, Salvador María del Carril, Ruperto Godoy, Martín Zapata, Santiago Derqui y Juan Llerena.

El Congreso designó una comisión para que presentara un proyecto de Constitución. Esa comisión, que estuvo integrada por Leiva, Gutiérrez, Gorostiaga, Díaz Colodrero, Ferré, Zapata, Derqui y del Campillo, concluyó su labor el 20 de abril de 1853. Tras debatir el contenido del proyecto e introducir diversas modificaciones, el Congreso General sancionó la Constitución el 1º de mayo de 1853, que fue promulgada el 25 de mayo de ese año.

Posteriormente, el 9 de julio de 1853, la Constitución fue jurada solemnemente en la Iglesia Matriz de Catamarca, oportunidad en la cual Fray Mamerto Esquiú pronunció su célebre sermón, en cuya parte final expresó: *"Obedeced, señores, sin sumisión no hay ley; sin leyes no hay Patria, no hay verdadera libertad: existen sólo pasiones, desorden, anarquía, disolución, guerra y males de que Dios libre eternamente a la República Argentina"*.

Los factores que habían impedido concretar la unidad nacional en 1816 y 1826 se habían diluido. Con el correr de los años y el surgimiento de una nueva dirigencia política, la división entre unitarios y federales había sido superada y sustituida por la colisión entre el régimen autocrático de Juan Manuel de Rosas, merced al cual sobrevivió la unidad nacional, y quienes aspiraban instaurar los valores democráticos del movimiento constitucionalista como fundamento de la organización nacional. Como escribe Ruiz Moreno, *"la guerra librada durante la época de Rosas enfrentó a federales con unitarios, pero al revés de lo que se repite, pues eran auténticamente federales los que se oponían al cada vez más creciente poderío porteño en desmedro de los derechos del resto de las provincias argentinas, y unita-*

*rios quienes sostenían la extensión creciente de las facultades centralistas del Dictador de Buenos Aires. Los enemigos de Rosas nunca vivaron la Unidad, ni quisieron el retorno de Rivadavia, ni imponer la Constitución de 1826: se decían "liberales", porque luchaban contra un régimen abiertamente tiránico, y su lema era el de "¡Libertad, Constitución o Muerte!". Nada de unitarismo; y en cuanto a la futura Constitución, no cabían dudas: desde 1831 estaba establecido definitivamente que sería federal" (123).*

La Constitución sancionada en 1853 estableció la forma republicana de gobierno y la forma federal del Estado. Regía para la Confederación Argentina de la cual no formaba parte la provincia de Buenos Aires. Con motivo del levantamiento del 11 de septiembre de 1852, Buenos Aires se había retirado de la Confederación Argentina y no envió sus representantes al Congreso General Constituyente. Tal situación se mantuvo hasta 1859.

Tras la batalla de Cepeda, donde las fuerzas del Estado de Buenos Aires fueron derrotadas por los ejércitos de la Confederación, se suscribió entre ambas partes el Pacto de San José de Flores el 11 de noviembre de 1859. Por el mismo se acordó la incorporación de Buenos Aires a la Confederación, y el reconocimiento de potestades de gobierno y legislación a Buenos Aires sobre todas sus propiedades y establecimientos públicos; con la salvedad de las aduanas exteriores que quedaban sujetas a la Nación. También se convino que Buenos Aires debía convocar a una convención provincial para revisar la Constitución nacional de 1853 y formular las observaciones que su contenido pudiera merecerle. Esas observaciones serían sometidas a la consideración de una convención *ad hoc* convocada por el gobierno nacional y a la cual Buenos Aires enviaría sus representantes.

El 5 de enero de 1860 se reunió la convención de Buenos Aires, en cuyo seno se integró la comisión revisora con Bartolomé Mitre, Dalmacio Vélez Sársfield, José Mármol, Antonio Cruz Obligado y Domingo F. Sarmiento. La propuesta de reformas emitida por la convención provincial fue sometida a la consideración de la Convención Nacional *ad hoc* integrada por Nicanor Albarellos, Adolfo Alsina, Valentín Alsina, Daniel Aroaz, Carlos Bouquet, Luis Cáceres, Francisco de las Carreras, Salvador María del Carril, Emilio Castro, Indalecio Chenaut, Pascual de Echagüe, Rufino de Elizalde, Tiburcio Fonseca, Mariano Fragueiro, Marcelino Freyre, Uladislao Frías, Francisco Galíndez, Lucas González, José Benjamín Gorostiaga, Luciano

---

(123) ISIDORO RUIZ MORENO, *El Congreso Constituyente de 1853*, p. 14, Jockey Club, Buenos Aires 2003.

Gorostiaga, Casiano Goytía, José María Gutiérrez, Mateo Luque, Bernabé López, José Mármol, Octaviano Navarro, Pastor Obligado, Nicasio Oroño, Wenceslao Paunero, Marcos Paz, Modestino Pizarro, Ireneo Portela, José Posse, Justiniano Posse, Juan Pujol, Carlos Rodríguez, José María Rolón, Plácido Sánchez de Bustamante, Domingo F. Sarmiento, Pedro Segura, Juan F. Seguí, Manuel Solá, Antonino Taboada, Luciano Torrent, Dalmacio Vélez Sársfield, Benjamín Victorica, Daniel Videla y Antonio del Viso.

Finalmente, el 23 de septiembre de 1860 concluyeron las sesiones de la convención y fue sancionado el texto constitucional definitivo. Entre las reformas introducidas merecen ser destacadas la facultad del Congreso para establecer la ciudad capital de la República (art. 3º); la supresión de la facultad del Congreso para revisar las Constituciones provinciales (art. 5º); el otorgamiento de la libertad a los esclavos por el sólo hecho de introducirse en el territorio de la República (art. 15); la supresión de la cláusula que impedía la reforma constitucional por el lapso de diez años (art. 30); la incorporación de la referencia al Pacto de San José de Flores (art. 31); la incorporación de los textos correspondientes a los artículos 32, 33, 34 y 35 que no estaban en la Constitución sancionada en 1853; la exclusión de los legisladores nacionales y gobernadores de provincia del sometimiento a juicio político; la supresión del carácter de cámara de origen que tenía el Senado en la iniciativa para la reforma constitucional; la supresión de la facultad otorgada al presidente para detener a las personas sin estado de sitio y estando en sesiones el Congreso; la supresión de la cláusula que determinaba la integración de la Corte Suprema de Justicia con nueve jueces y dos fiscales, dejando en lo sucesivo librada la materia al arbitrio del Congreso; la supresión de la facultad asignada a la Corte Suprema de Justicia para resolver los conflictos entre los poderes públicos de una provincia; la incorporación del agregado final que tiene el artículo 121 sobre los poderes que se reservan las provincias al tiempo de su incorporación al Estado.

Si bien el texto constitucional de 1853 establecía que ella no podía ser objeto de modificaciones antes del transcurso de 10 años, mal puede ser calificada de inconstitucional la reforma realizada en 1860. La Ley Fundamental sancionada en 1853 tenía plena vigencia en las provincias que habían formado la Confederación Argentina, pero no en la de Buenos Aires que no se había incorporado a ella y cuyas autoridades se negaron a aceptar esa Constitución.

Buenos Aires prosiguió siendo un estado independiente que, recién con motivo del Pacto de San José de Flores, acordó su fusión conformando la Nación Argentina. Al quedar constituido, al menos

formalmente, un nuevo Estado con todas las provincias, su organización definitiva recién concluyó en 1860. Este hecho determinó que el proceso constituyente abierto en 1853, recién quedara concluido en 1860 y, por tal razón, se hace referencia a la Constitución de 1853/60.

Es justo reconocer que *"la Constitución de 1853-1860, magnífico instrumento político bajo cuya guía y amparo la Patria edificó su grandeza y que, como programa básico de su reconstrucción institucional y del cambio económico y social, le señala el único camino que ha de conducirla al sublime destino que tuvieron como meta los Constructores de la Nacionalidad, por cuyo logro varias generaciones de argentinos ofrendaron lo mejor de sus vidas"* (124).

El contenido de esa Constitución reflejó cabalmente el pensamiento imperante entre sus redactores que, a su vez, era fruto del ideal de Mayo y de los principios expuestos por la generación de 1837, entre cuyos integrantes cabe destacar a Esteban Echeverría, Juan Bautista Alberdi, Juan María Gutiérrez, José Marmol, Miguel Estevez Saguí, José Barros Pazos y Pastor Obligado. Precisamente, y como bien lo destaca Alberto Rodríguez Varela, en las palabras simbólicas del Dogma Socialista encontramos varias referencias que permiten conocer aquél pensamiento: progreso; fraternidad; igualdad; libertad; honor y sacrificio como móviles y normas de la conducta social; confraternidad de principios; erradicar los enfrentamientos de las facciones.

Esas palabras simbólicas se pueden sintetizar en tres conceptos: libertad responsable, dignidad y progreso. Conceptos que conforman la esencia de un sistema personalista y que se proyectan sobre el ámbito político, económico y social.

Así, el ideal personalista de nuestra Constitución imponía la libertad política traducida en la participación del pueblo en la designación de los gobernantes; en la distribución de las funciones del poder entre órganos gubernamentales independientes y, a la vez, interdependientes para evitar su concentración y su secuela inevitable que es el despotismo. Esa libertad política fue plasmada en el articulado de la Constitución referente a la organización y funcionamiento del gobierno.

Ese ideal personalista imponía la libertad económica que, como enseñaba Alberdi, acarrea el progreso económico y, por añadidura, el progreso espiritual y cultural. No se trataba de una libertad indivi-

---

(124) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La Nación Argentina hecha ley*, p. 57, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1971.

dualista o materialista basada sobre el egoísmo, sino de una libertad económica personalista que confluía en el bien común. La particular protección dispensada a la propiedad privada en el art. 17 de la Constitución y el plan de acción descrito en la cláusula del progreso (art. 75, inc. 18 CN) estaban encaminadas a concretar la promoción del bienestar general mencionado en el Preámbulo de nuestra Ley Fundamental.

Las libertades política y económica debían, ineludiblemente, ser acompañadas por la libertad en el ámbito social. Recordemos que una de las palabras simbólicas del Dogma Socialista era la organización de la patria sobre la base democrática y que, para Echeverría, la democracia no era una simple forma de gobierno sino un estilo de vida, la esencia de un gobierno conformado para el logro del bien común. Una estructura que permitiera a todos la más amplia y libre posibilidad de disfrutar de sus derechos naturales. Esa libertad no equivalía al libertinaje porque el ejercicio de los derechos debía adecuarse a la ley natural, reflejada en la ley positiva, para satisfacer el bien común.

En tal sentido, Echeverría escribía que *"queremos garantías sociales, la fraternidad entre todos, la libertad para todos, y la igualdad de derechos y deberes en todos y cada uno de los miembros de la familia argentina"*, y Fray Mamerto Esquiú, en su célebre sermón pronunciado en la Iglesia Matriz de Catamarca, el 9 de julio de 1853, con motivo de la jura de la Constitución Nacional, destacaba *"¡Que el individuo, el ciudadano, no sea absorbido por la sociedad, que ante ella se presente vestido de su dignidad y derechos personales; que éstos queden libres de la sumisión a cualquiera autoridad!"*, y añadía que *"... la ley en el orden social es como el axioma en el orden científico: la ley es el resorte del progreso, y los medios no deben confundirse con los fines. ¡Libertad!, no hay más libertad que la que existe según la ley: ¿Queréis libertad para el desorden?, ¿la buscáis para los vicios, para la anarquía? ¡Maldigo esa libertad!"*.

En síntesis, la libertad social importaba un estilo de vida basado sobre el cumplimiento de la ley, la tolerancia, el respeto recíproco, el pluralismo, la educación y sin mengua de la debida consideración que merecía la cuestión social. Cuestión social que Segundo V. Linares Quintana bautizó con el nombre de constitucionalismo social, y que estuvo presente en nuestros más remotos antecedentes constitucionales. Así, y como ya lo destacamos, el Reglamento Provisorio, sancionado por el Congreso de Tucumán el 3 de diciembre de 1817, establecía en el capítulo 7º de la sección I los deberes del cuerpo social disponiendo que *"El Cuerpo social debe garantizar, y afianzar el goce de los derechos del hombre. Aliviar la miseria y desgracia de los*

*ciudadanos, proporcionándoles los medios de prosperar e instruirse. Toda disposición o estatuto, contrario a los principios establecidos en los artículos anteriores será de ningún efecto”.*

Es evidente que la Constitución de 1853/60 respondió a la concepción personalista propiciada por sus autores y la dirigencia social y política. Era una idea política dominante en tales sectores, aunque no podemos sostener con certeza que ella imperaba en la sociedad. Podríamos afirmar que era una idea dominante en la sociedad si aceptamos que la Constitución de 1853/60 fue consecuencia del legado criollo en la conformación de la identidad argentina.

Víctor Massuh escribe que *“El criollo rompe con España para abrir un paso franco al racionalismo ilustrado, a los derechos del ciudadano, a la división de poderes del sistema republicano; abrir un paso a la noción de progreso, a la apertura al mundo. En suma, movilizar la voluntad romántica y fáustica de crear de la nada un país”.* Añade que *“Si bien fue desmesurada su negación del pasado, es evidente que sus protagonistas se sentían fascinados por algo nuevo. Moreno, San Martín, Pueyrredón, Rivadavia, Echeverría y toda la generación del 37 caminaban por el borde del abismo, pero sentían la embriaguez de una libertad total: la de inventar un país. Y esta fiebre se extendió a todo el siglo XIX. Basta evocar tres momentos estelares: Un santo de la espada cruza los Andes para poner en actos esta verdad eterna: sólo ayudando a liberar a otros se asegura la propia libertad. Un abogado tucumano se encierra en su casa de Valparaíso y no la deja hasta tener redactado el texto “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, que envía de inmediato a Urquiza en 1852. Un sanjuanino genial metió a la patria en su propia vida a un punto tal que aun todo lo grande que pueda hacerse llevará su nombre. La Argentina criolla echó las bases de un Estado democrático, produjo instituciones adaptadas a su fisonomía, un pensamiento y una literatura no deudores de la península, y consolidó el sentido de una identidad abierta a la aceptación de los contenidos de su pasado y también de otras regiones y culturas del mundo”.*

Pero, incluso aceptando que la idea personalista tenía carácter dominante en la dirigencia social y política, aunque no en la sociedad, el prestigio y representatividad que tenía esa dirigencia gravitó para que su idea dominante fuera aceptada por el pueblo.

Si bien es cierto que, al tiempo de ser sancionada la Constitución existía una amplia brecha entre el orden político y el orden constitucional, también es cierto que, en los siguientes 60 años, ella se redujo sensiblemente. Bajo la inspiración del ideal personalista se registró una intensa evolución progresista en el país. Se estaba concretando

el vaticinio de Fray Mamerto Esquiú cuando decía: *"La acción de la carta constitucional es vastísima y se halla en oposición casi a toda la actualidad de la República; es una savia que tiene que penetrar enmarañadas y multiplicadas fibras, que necesita mucho tiempo para vivificar totalmente el sistema"*.

Durante ese lapso se incrementó la libertad en el ámbito político. Mitre organizó al Poder Judicial e integró la Corte Suprema de Justicia cuya composición fue rigurosamente respetada hasta 1947. Comenzaron a surgir fuerzas políticas organizadas en torno de principios y figuras carismáticas que distaban de ejercer un liderazgo similar al de los caudillos populistas del pasado. Durante 60 años el país fue gobernado por una elite política abierta a la movilidad social y reacia a la estratificación, y si bien la libertad política presentaba importantes falencias destacadas por los propios integrantes de esa elite, como Carlos Pellegrini, existía una firme voluntad política para erradicarla.

Una muestra elocuente fue la sanción, en 1912, de la ley Sáenz Peña para garantizar la libertad del sufragio y asegurar la representación política de las minorías. La riqueza de los debates en las cámaras del Congreso que precedieron a la sanción de la ley pusieron de manifiesto la firme decisión de la dirigencia política en ese sentido, y a pesar de los reparos expuestos por Julio Argentino Roca (h.) para quien el país no estaba culturalmente preparado para asimilar los efectos de aquella ley. Ese incremento de las libertades políticas fue uno de los factores que trabó el desarrollo de las corrientes transpersonalistas representadas por el anarquismo y el marxismo.

También fue significativo el crecimiento de la libertad económica, con el consiguiente desarrollo y progreso del país. La instalación de redes ferroviarias, la construcción de puentes y caminos, las líneas telegráficas, la colonización agraria, la exportación de productos agropecuarios, la promoción de ciertas industrias como la azucarera y textil, la instalación de fábricas, la regulación legal de la actividad comercial, el aporte de los hábitos económicos y capitales de la inmigración europea, la política del libre cambio sin perjuicio de la desprotección que representó para las economías regionales, impulsaron al país a alturas inimaginables 60 años antes y permitieron superar los efectos de la crisis de 1888. Existían asignaturas pendientes, pero el proceso evolutivo basado sobre la libertad permitía presagiar su cumplimiento.

La libertad social no quedó a la zaga. Sarmiento había impulsado, como nadie lo había hecho hasta ese entonces, la educación popular para que *"la montonera no se levante"* y *"para que no haya va-*

gos". Fundó colegios nacionales en varias localidades del país, el Colegio Militar de la Nación, la Escuela Naval Militar, otorgando primacía al progreso intelectual y moral como instrumento para concretar un progreso económico global y justo. Su obra fue continuada por los sucesivos gobiernos nacionales y provinciales. En el ámbito universitario, Joaquín V. González se esmeró por difundir la cultura democrática.

El aporte inmigratorio fomentado por la generación de 1837, y a pesar de los reparos expuestos por ciertos sectores estratificados de la generación de 1880, fue concretado bajo el manto protector del art. 20 de la Constitución que promovió, como escribe Víctor Massuh, *"una visión del país que pone el acento en el futuro como espacio para la aventura y el segundo nacimiento. El inmigrante abandona la rigidez de un oficio heredado y adquiere la plasticidad necesaria para asumir otros ocasionales; juega con una lengua diferente y nuevas costumbres; se proyecta en el destino del hijo convertido ya en la encarnación del país venidero"*. La inmigración fue espontánea y atraída por la libertad y el progreso que no podía disfrutar en su tierra natal. La cuestión social no fue dejada de lado como lo demuestra el proyecto de Código del Trabajo que elaboró Joaquín V. González durante la segunda presidencia de Roca. Sus disposiciones fueron incorporadas a las leyes laborales sancionadas durante este período habiéndose inspirado, en algunas de ellas, Alfredo Palacios.

## 67. LA CONSTITUCIÓN DE 1853 SEGÚN JUAN MARÍA GUTIÉRREZ

Juan María Gutiérrez uno de los más representativos integrantes de la generación de 1837, estrechamente ligado con Esteban Echeverría, Juan Bautista Alberdi, Florencio Varela y Benjamín Gorostiaga, entre otros, quien integró la Convención Constituyente de 1853 representando al pueblo de la provincia de Entre Ríos, publicó, en 1856, el "Catecismo de la Constitución de la República Argentina" (125). Obra clara y concisa mediante la cual, el autor, procuró sistematizar el contenido de la Constitución y permitir que, el acceso a su conocimiento, fuera viable para todo ciudadano.

El texto de ese documento dice así:

---

(125) En el año 2003, y con motivo de celebrarse el 29 de agosto el Día del Abogado, el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, tuvo la feliz idea de difundir esta obra.



### **¿Con qué objeto se ha dado una Constitución a la República Argentina?**

Basta leer el encabezamiento de la Constitución para salir de esta duda. Los representantes del pueblo, reunidos en Congreso Constituyente y después en Convención, decretaron y establecieron la Constitución actual, para los objetos siguientes:

1° Constituir la unión nacional.

2° Afianzar la justicia.

3° Consolidar la paz interior.

4° Proveer a la defensa común.

5° Promover el bienestar general.

6° Asegurar los beneficios de la libertad para todos nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino.

### **¿Qué significa constituir la unión nacional?**

Así cómo una familia no está unida cuando no obedece a una sola cabeza, cuando no están de acuerdo las voluntades e intereses de todos sus miembros, y cuando éstos no se aman ni viven en paz y buena armonía, de la misma manera una nación federal como la nuestra, compuesta de muchas provincias hermanas, necesita para existir unida, obedecer a un gobierno general, vivir en recíproca paz y ayudarse mutuamente para ser felices, libres y ricos. Estos lazos sociales son los que constituyen la unión nacional.

### **Antes de la Carta Constitucional jurada, ¿existía la unión?**

Existía en el nombre, pero no en la realidad. En los últimos tiempos no había más vínculo de unión política entre las catorce provincias que el ser representadas ante los gobiernos extranjeros por el gobernador vitalicio de Buenos Aires, con el título de "encargado de las Relaciones Exteriores".

### **¿Era perjudicial ese orden de cosas a la felicidad de la nación?**

Era tan perjudicial que si hubiésemos continuado más en él habríamos acabado por ser un pueblo bárbaro y miserable.

### ¿Por qué?

En primer lugar, porque existiendo aisladas por sistema, unas provincias de otras, se iban aflojando los vínculos de familia, y habría llegado el día en que el salteño y el santafecino se consideraran extranjeros entre sí. Cada gobernador de provincia tenía una aduana en su territorio, de manera que era imposible comerciar y extraer los frutos y producciones del interior por los puertos argentinos del litoral. Una carreta cargada procedente de Salta para Buenos Aires o Santa Fe, pagaba de derechos (por sólo el tránsito) 2 pesos en Tucumán, 4 pesos en Santiago del Estero, 4 pesos en Córdoba y otros 4 pesos en Santa Fe. De manera que se ha calculado que una tonelada de carga desde Salta, por ejemplo, hasta el Litoral, costaba por flete 46 pesos, mientras que de Inglaterra al Río de la Plata el valor del flete de una tonelada es de 7 a 10 pesos.

### ¿Y qué resultaba de eso?

Resultaba que era imposible comerciar en la República Argentina. Las provincias hacían una guerra cruel a sus principales intereses con esas imposiciones de derechos de tránsito. Y como el comercio es una de las más fuertes bases de unión y amistad entre los pueblos, los de la República Argentina se iban haciendo extranjeros unos a otros. Los del norte compraban y vendían en Bolivia; los de Cuyo traficaban con los puertos de Chile y de allí se surtían de los productos extranjeros que necesitaban para su consumo; Córdoba y Santa Fe exportaban e importaban de Buenos Aires pagando dos veces los derechos de aduana; Entre Ríos, a quien se le negaba en Buenos Aires retornos en dinero, comerciaba directamente con Montevideo. La unión comercial no existía, pues, en la República Argentina antes de la caída del gobierno de don Juan Manuel de Rosas.

### ¿Y cómo ha remediado esos males el nuevo orden de las cosas?

Nacionalizando las aduanas, es decir, trayendo a los fondos del Tesoro Nacional el producto de los derechos de importación y exportación. Sólo el Congreso puede establecer estos derechos y legislar en materia de aduanas. Por último, está negado a las provincias por el art. 105 de la Constitución, el derecho de *"expedir leyes sobre comercio o navegación interior o exterior, ni establecer aduanas provinciales"*.

**¿Por qué otras causas habríamos caído en la barbarie y en la miseria?**

Porque a más del divorcio mercantil que existía entre nuestros pueblos y que acabo de demostrar, se hallaban profundamente divididos en partidos, especialmente en dos que se han hecho una guerra a muerte durante largos años.

**¿Cuáles eran esos dos partidos principales?**

El federal y el unitario.

**¿Y han desaparecido esos partidos?**

Han debido desaparecer desde el momento en que los argentinos todos hemos jurado solemnemente la Constitución, por cuanto ella protege todas las opiniones y decide sobre la forma de gobierno que ha de tener la nación. De hoy en adelante no debe haber más partido en la República que el gran partido nacional, al cual debemos todos pertenecer so pena de ser perjuros ante Dios y los hombres.

**¿Por qué otras causas más habríamos caído en la barbarie y en la miseria?**

Por causa de la guerra civil, es decir, por la guerra entre hermanos que disminuye la población, ahuyenta a los extranjeros que nos traen industria y capitales, distrae a los hombres del trabajo y llena el país de huérfanos y viudas corrompiendo las costumbres e irritando las pasiones vengativas.

**¿Y qué ha hecho la Constitución para evitar la guerra civil?**

Todas las disposiciones de ese código tienen este objeto, porque establecen la justicia, protegen los derechos individuales y dan una dirección pacífica, útil y sensata a la actividad de los ciudadanos.

**Si una provincia comete una injusticia para con otra y no se satisface a los ofendidos debidamente, ¿tendrá ésta que recurrir a las armas como ha sucedido tantas veces?**

No. Las hostilidades de hecho son actos de guerra civil. Ninguna provincia puede declarar ni hacer la guerra a otra provincia, según la misma disposición de nuestro código.

### **¿Y cómo arreglaron las diferencias que pudieran suscitarse entre ellas?**

En primer lugar, hay una Corte Suprema de Justicia, compuesta de cinco jueces, hombres de saber, de edad madura, imparciales y patriotas, ante la cual deben someter sus quejas los ciudadanos o gobernadores, para alcanzar justicia según las leyes generales y los principios de nuestro derecho público. En segundo lugar, en caso de conmoción interior que ponga en peligro el orden público, puede el presidente de la República declarar en estado de sitio la provincia en donde exista ese amago contra el orden o la Constitución, quedando suspensas allí las garantías individuales, para poder trasladar a otro lugar a los causantes del trastorno.

### **¿Y qué resultará de estas disposiciones?**

La paz interior. Las cuestiones que antes no tenían más juez que las armas, hoy serán dirimidas por la razón y la justicia, como sucede en los pleitos de los particulares que se resuelven, no a palos ni riñendo los litigantes, sino por medio de sentencia de juez a la cual tiene el hombre que someterse, ya le imponga la devolución de una finca o de una suma considerable, etc.

Por último, y volviendo sobre un pregunta anterior, constituir la unión nacional es colocar a la cabeza de la República un gobierno general que suministre protección eficaz contra los enemigos exteriores: que dé campo más extenso a las empresas y al comercio, a las manufacturas, a las ciencias; que pueda administrar más cumplida justicia y con mayor eficacia y perfección; que pueda aplicar a objetos de intereses públicos mayores rentas sin opresión ni recargo de contribuciones; que pueda con economía satisfacer más en grande las necesidades públicas que lo que pudiera hacerlo una provincia para sí misma con sus recursos propios; que pueda reunir y aprovechar los talentos, el patriotismo y la experiencia de los ciudadanos más distinguidos, sea cual fuese la provincia donde hayan nacido o se encuentren establecidos; que pueda seguir una política sujeta a principios constantes y uniformes, que es uno de los medios por los cuales se han formado las naciones poderosas; que pueda armonizar, hermanar y proteger las diversas partes y miembros de la familia nacional, extendiendo a cada uno el beneficio de su previsión y precauciones; que pueda, por último, aplicar las rentas del todo a la defensa y conservación de una parte especial.

### **¿Qué significa afianzar la justicia, que es uno de los objetos de la Constitución?**

Antes diré qué debe entenderse por justicia. La justicia, la traemos en el corazón, puesto en él por la mano del Creador de todas las cosas. Es una emanación tan principal de la Divinidad que Jesucristo, el Hijo de Dios, ha sido llamado por los padres de la Iglesia y por las Escrituras Santas: Sol de Justicia. El sabio por excelencia que escribió las leyes españolas más afamadas, dice: *"Que la justicia es una virtud que encierra todas las demás"*, y añade, *"que es la fuente de donde emanan todos los derechos, dando y repartiendo a cada uno el suyo con igualdad"*. La justicia impone al hombre tres mandamientos que debe guardar religiosamente, a saber:

- 1° Vivir honestamente.
- 2° No dañar a nadie.
- 3° Dar a cada uno lo que le corresponde.

### **¿De qué modo sirve la Constitución para afianzar la justicia?**

Corrigiendo los abusos que se habían introducido entre nosotros con grave daño de los derechos humanos.

### **¿Cuáles eran esos abusos?**

Infinitos, y que no todos se pueden recordar. Los bienes se confiscaban por delitos políticos; se desterraba a los ciudadanos sin causa legal y sin forma de proceso; se engrillaba y se aprisionaba. El hombre goza de libertad cuando puede ejercer los medios y facultades que le ha concedido Dios para ser feliz. Se entiende que ese ejercicio ha de ser conforme a leyes justas y liberales.

Goza de la libertad aquel que puede:

- 1° Cambiar de residencia sin sujeción a la voluntad ajena.
- 2° Disponer de su propiedad, de su tiempo, del fruto de trabajo.
- 3° Emitir su opinión sin censura previa.

Goza de libertad aquel:

- 4° Cuyo domicilio es inviolable.
- 5° Que no puede ser preso o detenido arbitrariamente sino en virtud de orden escrita de autoridad que pueda darla.
- 6° Que es igual a los demás ante la ley.
- 7° Que no esté obligado a hacer o no hacer sino lo que mandan las leyes.
- 8° Que no puede ser maltratado o mutilado, etc.

**¿Reconoce la Constitución esas prerrogativas del hombre libre?**

Sí, con la mayor claridad y precisión.

**Sírvase Ud. decirme cómo.**

No tendré más que copiar algunos artículos de la parte primera, en el capítulo que trata de derechos y garantías, y son los siguientes:

Artículo 15. En la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución... Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen del que serán responsables los que lo celebrasen y el escribano o funcionario que lo autorice.

Artículo 16. Todos los habitantes de la Confederación son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra consideración que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Artículo 17. La propiedad es inviolable y ningún habitante de la República puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.

Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino.

Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones ni exigir auxilio de ninguna especie.

Artículo 18. Ningún habitante de la República puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente.

Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

El domicilio es inviolable como también la correspondencia epistolar y los papeles privados.

Queda abolida para siempre la pena de muerte en materias políticas, toda especie de tormentos y azotes.

Quedan abolidas toda especie de tormento, los azotes y las ejecuciones a lanza y cuchillo. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en

ella, y toda medida que a pretexto de precauciones conduzca a mortificarlos más allá de los que aquélla exija hará responsable al juez que la autorice.

Artículo 19. 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.

**¿Qué se entiende por consolidar la paz interior, que es uno de los objetos constitucionales?**

Consolidar la paz interior es hacer imposibles las divisiones, los partidos agresores y la guerra civil, por todos los medios que la buena política, las leyes bien calculadas y las medidas administrativas y de gobierno pueden surgir.

Una nación no puede decirse que está en paz mientras los ánimos de sus habitantes no estén seguros del porvenir y no tengan confianza en sus gobernantes; mientras tengan motivos justos de queja, mientras las necesidades públicas no se satisfagan; porque éstos son otros tantos elementos de desorden que perturban el progreso social tanto como la guerra misma.

La Constitución ha garantizado la paz, dando al gobierno medios de hacerse respetar y de mantener el orden establecido por la ley; creando poderes que decidan pacíficamente y con justicia las desavenencias que pudieran suscitarse entre las provincias que forman la Nación y entre sus gobiernos, substituyendo así la razón al sable y la discusión pacífica al empleo bárbaro de la fuerza que muchas veces da el triunfo a quien no tiene la justicia de su parte; deslindando bien las atribuciones de los gobiernos provinciales y del gobierno general, para que obren y caminen sin perturbarse. Protegiendo el comercio, la población, la industria y, sobre todo, la propiedad de los particulares para que haciéndose ricos y felices por este medio, se interesen poderosamente en la paz pública, sin la cual no hay seguridad ni felicidad para nadie.

A más, como todo argentino está obligado a armarse en defensa de la Constitución, resulta que la paz está sostenida por los brazos de los que tienen intereses en conservarla. En fin, con respecto a la paz interior puede decirse lo mismo que se dijo en relación con la justicia: que todas las disposiciones de la Constitución tienen por objeto mantenerla, fortalecerla y consolidarla.

**¿Qué se entiende por proveer a la defensa común, que es uno de los objetivos constitucionales?**

Precaver y resistir las invasiones que pudiera hacer un enemigo exterior contra nuestros derechos o la integridad del territorio argentino.

**¿Y cuáles son los medios más eficaces para conseguir este fin?**

Desde luego, el patriotismo y el valor, los ejércitos y los caudales. Pero el mejor baluarte contra los ataques externos es el ser justo y liberal para con el extranjero, quitándole así todo pretexto o motivo para recurrir a las armas. Con este objeto es que la Constitución obliga al Ejecutivo nacional, por su Artículo 27, 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 la misma Constitución".

En caso de la guerra exterior, todo argentino tiene la obligación de armarse en defensa de la patria. El presidente de la República es comandante en Jefe de todas las fuerzas de mar y tierra, dispone de ellas y las distribuye según las necesidades del país: declara la guerra y confiere grados militares. El Congreso puede autorizar la reunión de las milicias de todas las provincias si fuese necesario repeler las invasiones.

Estos son, en parte, los medios morales con que la Constitución ha provisto a la defensa común.

**¿De qué modo promueve la Constitución el bienestar general, que es otro de los fines que ella se propone?**

El bien general resulta de los bienes que disfruta cada habitante en particular. El goce de este bienestar es el objeto principal que lleva a los hombres a reunirse en sociedad.

Ese goce es buscado con tanto empeño, que hay una especie de axioma que dice: "*Allí donde lo paso bien, allí es mi patria*".

Disfruta de bienestar aquel que vive bajo el imperio de buenas leyes, aplicadas por magistrados íntegros; que puede trabajar, comerciar libremente y disponer de sus bienes adquiridos honestamente, trasladándose con ellos a donde mejor le pareciere; que puede formar una familia legítima, educar a sus hijos, adquirir tierras y propiedades raíces; y disfrutar, en fin, de todas las libertades a que tiene derecho el hombre por su calidad de tal y según el progreso



que ha hecho la civilización en el mundo bajo la ley de amor y fraternidad del Evangelio de Jesucristo.

Todo está garantido por la Constitución, como ya hemos visto y como se dirá más adelante.

**Y el goce de ese bienestar y libertades, ¿es únicamente para los argentinos?**

Es, según la bella expresión del texto constitucional, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino.

**Entonces, ¿qué diferencia hay entre el extranjero y el hijo del país?**

No debería haber ninguna, porque unos y otros son hombres, tienen un mismo origen, son hijos de una misma civilización y creyentes en Jesucristo, cuya doctrina reconocen y practican.

Pero existe una diferencia muy notable en cuanto a los derechos, pues el extranjero en tanto que no se hace ciudadano, no puede ser electo para ciertos empleos ni tiene derecho de elegir, que es una prerrogativa muy estimada por los que saben toda la importancia que tiene en sí. Por nuestra Constitución, el presidente de la República y el vicepresidente deben ser nacidos en el territorio argentino y pertenecer a la comunión católica, apostólica, romana. En fin, el extranjero goza entre nosotros de los derechos civiles, pero no de los derechos que se llaman políticos, cuyo ejercicio tiene influencia directa en la formación del gobierno. Los extranjeros están exentos del servicio de las armas, porque defender el país y las leyes es un alto honor y un deber sagrado que no se puede ceder a ningún extraño.

**¿Cuáles son los derechos civiles de que gozan los extranjeros?**

Se encuentran expresados en el art. 20 de la Constitución, que dice así: *"Los extranjeros gozan en el territorio de la nación de todos los derechos civiles del ciudadano, pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto, testar y casarse conforme a las leyes..."*

**¿Gozan de algunos otros derechos?**

No. Bastan esos para llenar los objetos que se propone la Constitución con respecto a los extranjeros.

### **¿Cuáles son esos objetos?**

1º Poblar nuestro país, que actualmente se halla casi desierto, u ocupado por los indios infieles que roban las haciendas y asaltan los pueblos de la campaña. 2º Aumentar nuestros capitales con los que traigan los especuladores de afuera. 3º Instruirnos en las buenas prácticas de la labranza, en las artes industriales y en las ciencias, por ejemplo, con los europeos que están muy adelantados en estos ramos, por pertenecer a la parte del mundo más civilizada, poblada y rica, etc.

Por esta razón es que el artículo 25 de la Constitución dispone lo siguiente: *"El gobierno federal fomentará la inmigración europea y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias e introducir y enseñar las ciencias y las artes"*, y para facilitar el comercio y por medio de él acelerar el aumento de la población y riqueza en el interior y en las hermosas costas de nuestros ríos, se dispone también por el artículo 26 *"que la navegación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional"*.

### **¿Qué se entiende por gobierno federal?**

El gobierno federal o general se compone de las autoridades que lo ejercen, las cuales residen en una ciudad de la Confederación con el título de Capital. La Capital es la ciudad de Buenos Aires.

### **¿Cuál es la forma de ese gobierno?**

Su forma política está declarada en el Artículo 1º de la Constitución, que dice así: *"La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal"*.

### **¿Qué significa forma representativa republicana?**

Un gobierno tiene por base el sistema o la forma representativa republicana cuando sus poderes proceden directa o indirectamente del pueblo y cuando los magistrados desempeñan sus funciones por tiempo determinado y en tanto que se comporten bien. Es de esencia de este gobierno que la mayoría de la sociedad y no una clase privilegiada tenga parte en él. También es esencial el que los ciudadanos y habitantes sean "iguales ante la ley y admisibles en los em-

pleos sin otra consideración que la idoneidad". Por eso es que así lo dispone el artículo 16 de la Constitución.

### **¿Qué debe entenderse por forma federal?**

La forma federal en nuestro país, compuesta de varias provincias, consiste en que éstas son independientes y se gobiernan por sí mismas conservando todo el poder que no han delegado al gobierno general. En esta virtud, las provincias se dan sus propias instrucciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores o representantes y demás funcionarios de provincia, sin intervención del gobierno federal (art. 102).

Cada provincia dictaba al año 53 su propia Constitución; pero antes de ponerla en ejercicio la remite al Congreso para su examen (art. 103).

Este artículo fue suprimido el año 63.

Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia o intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal. Puede promover la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos; todo, con sus propios recursos y por medio de leyes dictadas por legislaturas provinciales (art. 105).

### **¿Cuál es entonces el poder que han delegado las provincias al gobierno de la República?**

Es todo aquello que entra, según la Constitución, en las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional y de la Suprema Corte de Justicia. En esta virtud no pueden las provincias:

Ni admitir nuevas órdenes religiosas.

Celebrar tratados parciales de carácter político.

Ni establecer aduanas provinciales.

Ni expedir leyes sobre comercio o navegación interior o exterior.

Ni establecer bancos con la facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso federal.

Ni dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería.

Ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado.

Ni declarar ni hacer la guerra a otra provincia.

Ni establecer derechos de tonelaje.

Ni armar buques de guerra o levantar ejércitos.

Ni nombrar o recibir agentes extranjeros.

**¿De cuántos poderes se compone el gobierno de la República?**

De tres, que son: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

**¿Cuál de éstos es el más importante y poderoso?**

Ninguno es más importante ni tiene más fuerza que otro cualquiera de los tres. Todos son independientes y nacen de la voluntad nacional.

**¿Cómo está formado el Poder Legislativo?**

De un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de la Nación.

**¿Cuál es el objeto de este poder?**

El dictar las leyes.

**¿No participa algún otro poder en la formación de las leyes?**

Sí, el Ejecutivo.

**¿De qué manera?**

Presentando proyectos a la consideración del Congreso, examinándolos y haciendo observaciones sobre aquéllos que emanen directamente del Congreso: sancionando y promulgando las leyes (arts. 66, 67, 68, 69 y 83).

**¿Por qué se divide el Congreso en dos cámaras?**

Esta división es una garantía de acierto y de independencia en la discusión de las leyes, y exigida además por la forma que hemos

adoptado. Como los diputados se eligen según el número de habitantes de cada provincia y hay algunas poco pobladas, se establece el equilibrio representativo igualándolo en el número de votos en el Senado.

### **¿Quién elige los diputados al Congreso?**

El pueblo de las provincias a simple pluralidad de sufragios y a razón de dos senadores por cada provincia.

### **¿Qué cualidades se requieren para ser diputado?**

Para ser diputado se requiere haber cumplido la edad de 25 años y tener cuatro de ciudadanía en ejercicio (art. 36).

### **¿Y para senador?**

Son requisitos para ser electo senador: tener edad de 30 años; haber sido 6 años ciudadano de la República y disfrutar de una renta o entrada anual equivalente a 2000 pesos fuertes (art. 43).

### **¿Tiene atribuciones especiales cada una de estas cámaras?**

Sí, aunque pocas. Por ejemplo, sólo el Senado inicia las reformas de la Constitución. La preside el vicepresidente de la Confederación. Juzga en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados. Autoriza al Poder Ejecutivo para declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior. Presta su acuerdo a la elección de los miembros de la Corte Suprema de Justicia y a la concesión de empleos o grados de oficiales superiores del Ejército y Marina, decretada por el Ejecutivo.

### **¿Cuáles son las atribuciones especiales de la Cámara de Diputados?**

A esta Cámara corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas. Sólo ella ejerce (art. 41) el derecho de acusar ante el Senado al presidente de la República y a sus ministros, a los miembros de ambas cámaras, a los de la Corte Suprema de Justicia y a los gobernadores de provincia por delito de traición, concusión, malversación de fondos públicos, violación de la Constitución u otros que merezcan pena infamante o de muerte.

### **¿Cuáles son las atribuciones del Congreso o de ambas cámaras?**

Son muchas y muy principales, como puede verse por extenso en el capítulo 4° de la Constitución. Las que más inmediatamente tienen relación con el bien general son las siguientes: fijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la República y aprobar o desechar la cuenta de inversión.

Acordar subsidios del Tesoro Nacional a las provincias cuyas rentas no alcancen a cubrir sus gastos ordinarios según sus presupuestos. Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería.

Arreglar y establecer las postas y correos generales de la República. Proveer a la seguridad de las fronteras, proveer lo conducente a la prosperidad del país, el 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 de 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 las leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo. Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes concedidos por la Constitución al gobierno de la República Argentina... Promover la reforma de la actual legislación en todos los ramos y establecimiento del juicio por jurados (art. 24).

### **¿Gozan los diputados o senadores de alguna prerrogativa?**

En general son como cualquier otro ciudadano; pero para que puedan desempeñar mejor sus funciones, no pueden ser arrestados sino en caso de ser sorprendidos en el acto de cometer un delito que merezca pena de muerte, aflictiva o infamante: no pueden ser acusados judicialmente ni molestados por sus opiniones o discursos emitidos en el desempeño del mandato de legislador (arts. 57, 58).

### **¿Cómo está compuesto el Poder Ejecutivo?**

Desempeña el Poder Ejecutivo de la Nación un ciudadano con el título de presidente de la República Argentina.

### **¿Quién lo reemplaza en caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución?**

El vicepresidente de la República.

**¿Qué cualidad se requiere para ser presidente o vicepresidente?**

Se requiere haber nacido en el territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero; pertenecer a la comunión católica apostólica romana; tener la edad de 30 años; haber sido ciudadano de la República por seis años, y disfrutar de una renta anual de 2000 pesos fuertes o de una entrada equivalente.

**¿Quién elige el presidente y vicepresidente?**

El pueblo, pero por votación indirecta.

**¿De qué manera?**

La capital y cada una de las provincias nombran por votación directa una junta de electores. Estos se reúnen en la Capital de la República y proceden a la elección de presidente y vicepresidente por cédulas firmadas expresando en una la persona por quien votan para uno y otro cargo. Los demás detalles del modo de proceder a esta elección se hallan en los artículos del capítulo 2 de la Constitución. No pueden ser electores los diputados, los senadores ni los empleados a sueldo del gobierno federal.

**¿Qué tiempo duran en sus empleos estos dos magistrados?**

El término de seis años.

**¿Pueden ser reelectos?**

Sí; pero no inmediatamente, sino después de pasado un período, o lo que es lo mismo, con un intervalo de seis años.

**¿Cuáles son las atribuciones o facultades del Poder Ejecutivo?**

Las menciona el artículo 83 de la Constitución:

1. Es jefe supremo de la Confederación y tiene a su cargo la administración general del país.
2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Confederación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.
3. Es el jefe inmediato y local de la Capital de la República.
4. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las sanciona y promulga.

5. **Nombra los magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales inferiores, con acuerdo del Senado.**
6. **Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.**
7. **Concede jubilaciones, retiros, licencias y goce de montepíos, conforme a las leyes de la República.**
8. **Ejerce los derechos del patronato nacional en la presentación de obispos para las iglesias catedrales, a propuesta en terna del Senado.**
9. **Concede el pase o retiene de los concilios, las bulas, breves y rescriptos del Sumo Pontífice de Roma, con acuerdo de la Suprema Corte; requiriéndose una ley, cuando contiene disposiciones generales y permanentes.**
10. **Nombra y remueve a los ministros plenipotenciarios y encargados de Negocios, con acuerdo del Senado; y por sí solo nombra y remueve los ministros del despacho, los oficiales de sus secretarías, los agentes consulares y demás empleados de la administración cuyo nombramiento no esté reglado de otra manera por esta Constitución.**
11. **Hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas cámaras en la Sala del Senado, dando cuenta en esta ocasión al Congreso del estado de la República, de las reformas prometidas por la Constitución, y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes.**
12. **Prorroga las sesiones ordinarias del Congreso, o lo convoca a sesiones extraordinarias, cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera.**
13. **Hace recaudar las rentas de la República y decreta su inversión con arreglo a la ley o presupuestos de gastos nacionales.**
14. **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, recibe sus ministros y admite sus cónsules.**
15. **Es comandante en Jefe de todas las fuerzas de mar y tierra de la República.**



16. Provee los empleos militares de la República; con acuerdo del Senado en la concesión de empleos, o grados de oficiales superiores del Ejército y Armada; y por sí solo en el campo de batalla.
17. Dispone de las fuerzas militares, marítimas y terrestres, y corre con su organización y distribución según las necesidades de la República.
18. Declara la guerra y concede patentes de corso y cartas de represalias con autorización y aprobación del Congreso.
19. Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior, y por un término limitado con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el artículo 23.
20. Aun estando en sesiones el Congreso, en casos urgentes en que peligre la tranquilidad pública, el presidente podrá por sí solo usar sobre las personas, de la facultad limitada en el art. 23, dando cuenta a este cuerpo en el término de diez días desde que comenzó a ejercerla. Pero si el Congreso no hace declaración de sitio, las personas arrestadas o trasladadas de uno a otro punto serán restituidas al pleno goce de su libertad, a no ser que habiendo sido sujetas a juicio, debiesen continuar en arresto por disposición del juez o tribunal que conociere de la causa.
21. Puede pedir a los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea convenientes, y ellos son obligados a darlos.
22. No puede ausentarse del territorio de la Capital, sino con permiso del Congreso. En el receso de éste, sólo podrá hacerlo sin licencia por graves objetos de servicio público.
23. En todos los casos en que según los artículos anteriores debe el Poder Ejecutivo proceder con acuerdo del Senado, podrá durante el receso de éste ejercer por sí solo dando cuenta de lo obrado a dicha Cámara en la próxima reunión para obtener su aprobación.

**Los decretos del presidente, ¿necesitan de algún requisito para su valimiento?**

Necesitan ser refrendados, legalizados con la firma de alguno de los ministros, que son ocho, nombrados por el mismo presidente, en cuya atribución está el removerlos cuando lo crea necesario.

**¿Qué se ha tenido en cuenta al dar al Poder Ejecutivo las atribuciones que se han mencionado?**

Darle energía, porque en esto consiste uno de los caracteres principales de una buena Constitución. Así se asegura la sociedad de los ataques exteriores, se da firmeza a la aplicación de las leyes y protección contra las tentativas de los poderosos para trastornar la tramitación de la justicia ordinaria. Un Ejecutivo vigoroso mantiene y asegura la verdadera libertad contra el furor de las facciones y contra los proyectos de los facciosos.

**¿Cómo está compuesto el Poder judicial?**

El Poder judicial de la República se ejerce por una Corte Suprema de justicia compuesta de cinco ministros y un procurador general, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la República.

**¿Puede alguna vez intervenir el presidente de la República en la administración de justicia?**

Le está expresamente prohibido por el artículo 92 de la Constitución, que dice así: *"En ningún caso el presidente de la República puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas"*.

**¿Quién nombra a estos jueces?**

El presidente de la República con anuencia del Senado.

**¿Puede removerlos de los empleos?**

No, porque deben conservarlos mientras dure su buena conducta, de la cual no pueden ser juzgados sino por el Senado en virtud de acusación entablada por la Cámara de Diputados.

**¿Qué cualidades se requieren para ser juez en esta Corte?**

Ninguno podrá ser miembro de la Corte Suprema de Justicia sin ser abogado de la República, con ocho años de ejercicio y tener las cualidades requeridas para senador.

**¿Cuáles son las atribuciones de la Corte Suprema?**

El decir todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la República y por los tratados con las

naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas del almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la República sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; entre una provincia y sus propios vecinos; y entre una provincia y un Estado o ciudadano extranjero (art. 97).

La Convención de la provincia de Buenos Aires del año 1863 suprimió la letra que decía: "... de los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia". "Los recursos de fuerza" fue suprimida de la Constitución del año 1853, en el año 1860.

### **¿Es importante este Poder Judicial para la felicidad pública?**

Cuando este poder esté bien establecido entre nosotros, tendrá la sociedad argentina una de las más eficaces garantías de paz y de orden, porque de nada valen todas las libertades políticas, ni el goce de los derechos más caros al republicano, si la propiedad y las personas no están protegidas contra los malos, por medio de una buena administración de justicia. Este poder es el que ha de dirimir las cuestiones que antes se discutían en el campo de batalla. Hará innecesario el empleo de la fuerza para mantener el orden interior, y extirpará de raíz esa funesta manía de pelear entre hermanos que nos ha hecho tan desgraciados hasta ahora.

### **¿Qué obligaciones impone la Constitución a los ciudadanos argentinos?**

Cada derecho acordado por la Constitución impone un deber, y el primero de todos es hacernos dignos de la libertad, de la igualdad y de la seguridad que nuestra Ley Fundamental nos asegura a todos. La Constitución nos impone indirectamente la obligación de ser virtuosos, es decir justos, laboriosos, tolerantes para con nuestros prójimos, porque si no nos conducimos según las reglas de estas virtudes, contradeciremos con nuestras nociones los objetos que la Constitución se ha propuesto en provecho y bien general.

El orden constitucional, que es el imperio de la razón y de la ley, nos impone la obligación de ser sumisos a las autoridades legítimas y no reconocer más jefe, ni juez, ni gobernador que aquellos que existen reconocidos como tales por las autoridades federales o de provincia.

Desde el momento en que el pueblo ha elegido libremente al presidente de la República de la manera que ordena la Constitución,

y a sus representantes para el Congreso, o para las legislaturas provinciales, desde entonces ya no tiene más que hacer que someterse a lo que esos representantes deliberan. Por eso dice la Constitución (art. 92) que toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.

La Constitución nos impone la obligación de armarnos en defensa de la Patria y de la Constitución, único motivo por el cual debe derramarse en adelante la sangre argentina. Debemos contribuir gustosos a sostener los gastos públicos de la Nación y de la provincia a que pertenezcamos, porque esos gastos son de nuestra propia utilidad. Sin rentas que provengan de las contribuciones equitativas y señaladas por la ley, no podrá haber enseñanza gratuita para los niños, ni policía de seguridad y de aseo, ni una buena administración de justicia, ni nada de cuanto hace agradable la vida o la protege contra los infinitos peligros con que es amenazada constantemente por la naturaleza o por los hombres.

Por último, tenemos la obligación de instruirnos en los preceptos de la Constitución, por cuanto ella es nuestra religión política, y debemos conocerla como conocemos las obligaciones del cristianismo.

### **¿Qué obligaciones impone la Constitución a cada provincia confederada?**

La independencia federal que ella les asegura, impónelos la obligación de responder a esa independencia existiendo de sus propios recursos, contribuyendo con su orden y progreso particular a la paz y el engrandecimiento de toda la República. Haríamos un papel muy triste a los ojos del extranjero y de los argentinos juiciosos si después de dada la Constitución continuásemos gobernados por el capricho de un hombre que no respetase ni la propiedad ni la libertad de los ciudadanos; que se hiciese fuerte en el mando contra la ley, perpetuando un escándalo que tanto daño ha hecho y que tanto se opone al régimen republicano; si continuasen los gobiernos y las legislaturas haciéndose una guerra mezquina, en tanto que permanecen durmiendo los proyectos de ley y las medidas útiles y de progreso; si persisten los ciudadanos en el egoísmo y la indolencia, sin asociarse, sin querer sacrificar una parte de su tiempo y de sus fuerzas en beneficio de la localidad en que han nacido o en que viven...

### **¿No están obligadas las provincias a darse una Constitución?**

Sí, el artículo 5 de la Constitución lo determina con estas palabras: "Cada provincia confederada 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 gratuita”.

### **¿Qué significa el régimen municipal?**

El régimen municipal es el gobierno o manejo de ciertos intereses de la sociedad por los ciudadanos mismos, con independencia del poder político. La acción municipal se entiende de todo aquello que en general es del resorte de la policía.

### **¿Es ventajosa esta institución?**

La comodidad, la belleza, el aseo, la salubridad, la confianza de sus habitantes en su seguridad personal, la legalidad en la venta de los renglones más necesarios para la vida... no puede ser fruto (según lo ha demostrado la experiencia) sino del establecimiento de las municipalidades. Las hay en toda Europa, existen muy bien montadas en el imperio del Brasil; existen en Chile, en donde van tomando importancia y reglamentándose mejor. Existieron también entre nosotros hasta el año 22, época en que se relajaron por la parte que tomaban en la política, cosa incompatible con su objeto y con la nueva forma que había adoptado el país en virtud de la revolución democrática de 1810.

### **¿Es muy difícil establecer las municipalidades?**

De ninguna manera. ¿En qué lugarejo, por desvalido que sea, no hay uno, dos o tres vecinos notables por su honradez, su inteligencia o caudal relativamente solventes como para merecer confianza a los demás vecinos? Pues eso son los municipales. Empezarán a funcionar como tales cuando hayan sido electos por el público y se les dicte la ley de sus atribuciones y de sus funciones; ley que es muy fácil de dictar porque existen muchos buenos modelos que pueden copiarse con los cambios y mutaciones convenientes en cada localidad.

### **¿Puede ser alterada la Constitución de la República?**

Durante diez años, a contar desde el día en que la juraron los pueblos, no puede cambiarse ni una palabra, ni una coma de la Constitución, porque de lo contrario no tendría el carácter de fuerza y de respetabilidad que le da la constancia de su forma y de sus manda-

tos. Al término de esos diez años puede reformarse en todo o en parte; pero para este caso se han tomado medidas que preservan al país contra la precipitación o el mal que pudiera tener aquella reforma.

Es preciso que del seno del Senado salga la idea de la necesidad de reformar la Constitución, y que la idea sea aceptada por el Congreso (o por ambas cámaras) con el voto de dos terceras partes al menos de sus miembros. Declarada la necesidad de la reforma, ésta no puede hacerla el Congreso ordinario legislativo sino una Convención, o especie de Congreso Constituyente, convocado y elegido por el pueblo para aquel único objeto.

Durante diez años sólo la mano de los criminales, de los traidores o de los sediciosos puede alterar nuestra hermosa Constitución.

Esto se suprimió transcurridos los primeros diez años.

**¿Hay alguien que pueda estar exonerado de obedecer y acatar los preceptos de la Constitución?**

Nadie, absolutamente nadie, cualquiera que sea su carácter, su categoría, su edad, su origen. El extranjero o hijo del país que no reconozca la Constitución como el pacto social de la República, no debe existir un momento en territorio argentino. El ciudadano que no la haya jurado expresamente o en su corazón no es merecedor del glorioso título de ciudadano argentino y no debe merecer la confianza de sus compatriotas y del gobierno para el ejercicio de los destinos públicos.

El presidente de la República, al tomar posesión de su alto cargo, da el ejemplo prestando juramento sobre los Santos Evangelios, e invocando a Dios Nuestro Señor de observar y hacer observar fielmente la Constitución de la República Argentina.

## 68. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1866

El texto constitucional de 1853 establecía, en su art. 4º, que entre otros recursos, los fondos del tesoro nacional se integraban con los "derechos de importación y exportación". En el texto definitivo de 1860, se agregó que la titularidad de esos derechos se extendía hasta el año 1866.

Asimismo, en el texto de 1853, el actual art. 75, inc. 1º, entonces art. 67, inc. 1º, se disponía que el Congreso podía establecer los derechos de importación y exportación. En 1860 se acordó mantener la

referencia a los derechos de importación, agregando que también podía *"Establecer igualmente los derechos de exportación hasta 1866, en cuya fecha cesarán como impuesto nacional, no pudiendo serlo provincial"*.

En 1866, los partidarios de la reforma constitucional, consideraban que la caducidad que preveía la Constitución iba a reducir considerablemente los recursos que la Nación necesitaba para afrontar la guerra con el Paraguay.

Se oponían a la reforma las provincias del litoral, particularmente Entre Ríos, y los autonomistas de Buenos Aires porque la caducidad del gravamen beneficiaba el flujo de sus productos al exterior.

El 12 de septiembre de 1866 la Convención Reformadora convocada para suprimir, del texto constitucional, la referencia a la caducidad que se iba a operar ese año respecto de los derechos de exportación, así lo dispuso.

El art. 4º de la Constitución recibió el contenido que tiene en la actualidad. En cuanto al entonces art. 67, inc. 1º, se suprimió la cláusula incorporada en 1860 que imponía la caducidad de los derechos de exportación.

En definitiva, y sin límite temporal, el Congreso quedaba facultado para establecer derechos de exportación, cuyos fondos ingresaban al tesoro nacional, sin que ese gravamen pudiera ser fijado por las provincias.

## 69. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1898

La Convención Reformadora constituida en Buenos Aires el 24 de febrero de 1898 resolvió modificar los actuales arts. 45 y 100 de la Constitución.

El art. 45, antes de la reforma establecía que correspondía elegir un diputado *"por cada veinte mil habitantes, o de una fracción que no baje del número de diez mil"*.

Considerando que la rigidez de la cláusula conducía a un desmesurado incremento del número de diputados nacionales, los convencionales decidieron que el número de diputados era de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de diez mil quinientos. Asimismo, para dotar de mayor flexibilidad al texto constitucional y evitar que la causa de la reforma se presentara nueva-

mente, resolvieron que *“Después de la realización de cada censo, el congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado”*.

Es la actual redacción del art. 45, que no ha sido respetada desde 1983. No solamente porque el Congreso no adecuó la representación al incremento de habitantes resultante de los censos nacionales, sino también por otorgar, a los habitantes de algunas provincias, la facultad de nombrar un número de diputados mayor al que le correspondería por la cantidad de personas que residen en sus territorios.

El actual art. 100 de la Ley Fundamental, prescribía la existencia de cinco ministerios y el ámbito de la competencia de cada uno de ellos: interior; relaciones exteriores; hacienda; justicia, culto e instrucción pública; guerra y marina.

Sin modificar el *“ministerio constitucional”* sustituyéndolo por el *“ministerio legal”*, los convencionales de 1898 decidieron elevar a ocho el número de ministerios, facultando al Congreso para delimitar *“los ramos del respectivo despacho de los ministros”*.

La reforma constitucional de 1994, al suprimir el número de ministerios y facultar al Congreso para establecer la cantidad que considere conveniente, sustituyó el *“ministerio constitucional”* por el *“ministerio legal”*.

La Convención Reformadora de 1898 concluyó su labor el 15 de marzo de ese año.

## 70. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1949

La reforma de 1949 introdujo amplísimas e importantes modificaciones en el texto constitucional, en función de la ideología política que inspiró la actuación del régimen autoritario imperante en ese momento. Tales reformas configuraron un cambio sustancial en el sistema constitucional argentino abarcando, no solamente la estructuración de los órganos gubernamentales, sino también la fisonomía filosófica del concepto de libertad. La trascendencia institucional de esa reforma, permite afirmar que se trató de la sustitución de la Constitución de 1853/60 por una nueva Ley Fundamental.

La concepción autocrática que inspiró a la reforma, la alteración del régimen democrático constitucional y el incumplimiento de ciertos de los requisitos establecidos por el art. 30 de la Constitución,



motivaron que algunos autores (126) tacharan de inconstitucional la labor de los convencionales de 1949.

La ley N° 13.233, promulgada el 3 de septiembre de 1948, disponía que se declaraba la necesidad de reformar totalmente la Constitución, quedando facultada la Convención para "*la revisión y reforma de la Constitución Nacional, a los efectos de corregir sus disposiciones para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación*" (art. 1°). Si al Congreso le corresponde declarar la necesidad de la reforma, debe explicitar cuáles cláusulas deben ser modificadas para satisfacer aquella necesidad. No es el convencional, sino el legislador quien debe enunciar esa necesidad. Tal había sido el criterio adoptado con motivo de las reformas constitucionales de 1866 y 1898.

Al margen de este reparo, la necesidad de la reforma debía ser declarada por los dos tercios de la totalidad de miembros de cada una de las cámaras del Congreso. En el senado se obtuvo esa mayoría, pero no fue así en la Cámara de Diputados.

El total de bancas existentes en 1948 era de 158, de modo que los dos tercios representaban 106 diputados. Sin embargo, la necesidad de la reforma fue declarada por el voto de 96 legisladores. Inclusive, aunque se admitiera que los dos tercios debían ser determinados sobre la totalidad de las bancas efectivamente ocupadas, tampoco se cumplía la exigencia constitucional. Las bancas no vacantes eran 152 y, los dos tercios, representaban 102 votos. El incumplimiento de ese requisito sustancial, acaricaba la invalidez de la ley. Sin embargo, los legisladores "*peronistas*", reiterando su total desprecio por el cumplimiento de las cláusulas constitucionales cuando ellas se oponen a la satisfacción de sus pasiones políticas, decidieron que la fijación de los dos tercios se debía efectuar sobre la cantidad de diputados presentes que fueron 130.

Además de estos obstáculos constitucionales, existían serios reparos democráticos para convalidar la reforma. El primero de ellos consistía en que, el objetivo real de la reforma residía en permitir la reelección del entonces presidente Juan D. Perón, tal como lo proclamaron públicamente varios de sus subordinados. A ello se añadía el autoritarismo gubernamental que se tradujo en una serie de hechos concretos. La promoción de un proceso de remoción contra los jueces de la Corte Suprema que habían descalificado la validez de una serie de normas forjadas por Perón cuando fue ministro y vicepresidente del gobierno de facto que provocó la ruptura del orden

---

(126) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 116, ob. cit.

constitucional en 1943. También la clausura de numerosos medios de prensa por las críticas que emitían en perjuicio de Perón. Otro tanto, la intervención autoritaria en las universidades y la corrupción gestada en la administración pública con los privilegios económicos concedidos a ciertos personajes del régimen. La campaña de odio y resentimiento que se reflejaba en la publicidad oficial. Todos estos factores, y muchos más, decidieron a los convencionales radicales a retirarse del órgano reformador el 8 de marzo de 1949, cuando Moisés Lebensohn proclamó que: *"La representación radical desiste de seguir permaneciendo en este debate, que constituye una farsa"*.

La Convención Reformadora se constituyó el 24 de enero de 1949 y concluyó con su cometido el 11 de marzo de ese año. Su producto fue generado por dos factores. El creciente nacionalismo desarrollado desde 1920 y sujeto a la influencia del fascismo italiano y cierta cuota de resentimiento social propia del nacional socialismo alemán. Unido al rechazo irracional de las ideas liberales adoptadas fervorosamente por los gestores de la Constitución de 1853/60.

## 71. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1957

El 16 de septiembre de 1955 se inició, en todo el país, un movimiento cívico militar que, bajo el nombre de Revolución Libertadora, se desarrolló con el objeto de deponer al entonces presidente de la República y desarticular el régimen autocrático que había impuesto. Concluyó tres días después con la renuncia de Perón.

El 27 de abril de 1956, bajo la presidencia de facto de Pedro E. Aramburu, el gobierno dispuso declarar vigente la Constitución Nacional *"sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, y exclusión de la de 1949"*.

El 12 de abril de 1957, mediante el decreto-ley N° 3838, el Gobierno declaró la necesidad de la reforma constitucional, detalló el temario de la eventual reforma y convocó a la elección de una convención reformadora. Fue la primera vez que, un gobierno de facto, se arrogó la potestad preconstituyente, aunque no la constituyente.

La Convención comenzó a funcionar el 30 de agosto de 1957. Ella ratificó que la Constitución vigente era la de 1853/60, con las reformas de 1866 y 1898.

Dispuso incorporar, dentro del marco del constitucionalismo social, el actual art. 14 nuevo o bis. También modificó el actual art. 75, inc. 12, facultando al Congreso para sancionar los códigos del trabajo y seguridad social.

Debido a los cuestionamientos que se formularon en el seno de la Convención, se retiraron de ella los convencionales de la Unión Cívica Radical Intransigente que conducía Arturo Frondizi y los que representaban a algunos partidos políticos conservadores. Al quedar desprovista de quórum la Convención, procedió a clausurar sus sesiones el 14 de noviembre de 1957.

A partir de entonces, se propiciaron numerosas reformas de la Ley Fundamental. Los protagonistas políticos, y muchos intelectuales se preocuparon más por la reforma que el fiel cumplimiento de la Constitución.

## 72. REFORMA DE FACTO DE 1972

El 24 de agosto de 1972, el gobierno de facto de la Revolución Argentina dictó un estatuto reformando la Constitución. Este Estatuto preveía su vigencia hasta el 24 de mayo de 1977, pero si una convención constituyente no decidía su incorporación definitiva al texto constitucional o su derogación total o parcial antes del 25 de agosto de 1976, su vigencia quedaba prorrogada hasta el 24 de mayo de 1981.

Previamente, el gobierno de facto designó una comisión asesora para el estudio de la reforma institucional. Estuvo integrada por prestigiosos juristas y politólogos: Germán Bidart Campos, Carlos Bidegain, Natalio Botana, Carlos Fayt, Mario Justo López, Julio Oyhanarte, Roberto Peña, Pablo Ramella, Adolfo Rouzaut, Alberto Spota y Jorge Vanossi. A su vez, la Fundación Rizzuto, organizó un ciclo de conferencias en la cual, otros distinguidos juristas como Segundo V. Linares Quintana, César Romero, Carlos Sánchez Viamonte y Sebastián Soler manifestaron su abierta oposición a toda reforma constitucional que se concretara al margen del art. 30 de la Ley Fundamental, sin perjuicio de resaltar que ella era absolutamente innecesaria.

Fue la primera vez que un gobierno de facto procedió a reformar directamente la Ley Fundamental, usurpando la función constituyente sin dar intervención alguna al pueblo a través de sus representantes reunidos en una convención reformadora. De todos modos, cabe recordar que esa reforma, manifiestamente inconstitucional, fue aceptada y convalidada por los partidos políticos mayoritarios (127).

---

(127) Especialmente por el Partido Justicialista y la Unión Cívica Radical, que fueron los protagonistas principales de los comicios de 1973.

Las enmiendas introducidas en 1972 se limitaron a la parte orgánica de la Constitución. Se unificaron los mandatos de diputados y senadores en cuatro años; se elevó a tres el número de senadores por cada provincia y la Capital Federal, elegidos en forma directa; el mandato presidencial se redujo a cuatro años, permitiendo su reelección por un período; la elección era directa y por mayoría absoluta de votos; el juicio político para los jueces de los tribunales inferiores debía desarrollarse ante un jurado integrado por miembros de los poderes Legislativo, Ejecutivo y por abogados; la duración de los mandatos de los legisladores y gobernadores provinciales debía ser igual al de los cargos correlativos nacionales, y su elección simultánea con la de éstos. Además, se preveían importantes modificaciones destinadas a brindar mayor agilidad a la actuación del Congreso.

Estas reformas, con la salvedad de las electorales, aplicadas en los comicios de 1973, en la práctica no tuvieron vigencia y caducaron, formalmente en 1981. Muchas de ellas fueron reincorporadas con la reforma constitucional de 1994, a través de la propuesta concretada por el radicalismo en el Pacto de Olivos celebrado entre Carlos Menem y Raúl Alfonsín.

### 73. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Dejando al margen la reforma de 1972 por su manifiesta inconstitucionalidad, a pesar de haber sido avalada por algunos dirigentes políticos que, en 1994, se esmeraron por incorporar el actual art. 36 de la Ley Fundamental, lo cierto es que a partir del año 1957 permanentemente se expresaron voces propiciando la reforma de la Constitución Nacional. En ciertos casos, respondiendo a transitorias pasiones políticas y, en otros, a concepciones ideológicas transpersonalistas totalmente extrañas a la doctrina humanista o personalista que nutre a la Constitución vigente.

El proceso propiciando la reforma constitucional, adquirió carácter oficial cuando, el Presidente Raúl Alfonsín, decidió crear el Consejo para la Consolidación de la Democracia, mediante el decreto N° 2446 del 24 de diciembre de 1985.

En 1987 el Consejo presentó un informe destacando la conveniencia de una reforma parcial de la Constitución.

En la reforma proyectada se proponía atenuar el sistema presidencialista. A tal fin, y siguiendo el modelo parlamentario europeo, se establecía un jefe de gabinete que debía rendir cuentas de

la gestión gubernamental ante la Cámara de Diputados, la cual podía removerlo mediante un voto de censura. El presidente y vicepresidente serían elegidos en forma directa mediante el sistema de la doble vuelta electoral.

Se le reconocía, al presidente, la potestad de disolver la Cámara de Diputados, debiendo convocar a una nueva elección de sus miembros.

También se sugería la introducción de formas de democracia semidirecta.

Con referencia al procedimiento para la remoción de los jueces, se mantenía el sistema previsto en los arts. 53, 59 y 60 de la Constitución respecto de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. En cambio, para los jueces inferiores, su juzgamiento quedaba a cargo de un jurado de enjuiciamiento.

Para afianzar el régimen partidocrático que se estaba gestando, se sugirió introducir en la Constitución el reconocimiento de los partidos políticos como factores fundamentales del sistema democrático.

En materia de derechos humanos, se proponía el reconocimiento constitucional de los tratados internacionales sobre esa materia otorgando, a todo tipo de convenio internacional una jerarquía superior a la de las leyes del Congreso.

La obra proyectada por la Comisión se frustró cuando, después de los comicios de 1987, el partido político gobernante quedó desprovisto de las mayorías necesarias para impulsarlo. De todas maneras, gran parte de las propuestas de ese Consejo fueron incorporadas por la Convención Reformadora de 1994.

Ninguno de esos proyectos llegó a la etapa previa de convocatoria a una convención reformadora. La sanción de la ley N° 24.309, el 29 de diciembre de 1993, revirtió dicha situación aunque precedida y seguida por un proceso político cuyas anomalías resintieron seriamente la legitimidad de la reforma que, solamente con el transcurso del tiempo y el acatamiento de la ciudadanía, será posible revertir.

Semejante conclusión es fácilmente verificable a la luz de los hechos. En primer lugar, durante el año 1993 el Senado de la Nación aprobó un proyecto de reforma constitucional cuya sustanciación presentó características muy particulares a raíz de la postura adoptada por un senador de San Juan que, en pocos días, modificó sustancialmente su pensamiento sobre la oportunidad y necesidad de alterar la Ley Fundamental condicionando, con su voto, la obtención de la mayoría necesaria para la aprobación del proyecto. La pro-

puesta, emanada del Partido Justicialista, apuntaba explícitamente a permitir la reelección inmediata de Carlos Menem en el cargo presidencial. Criterio que se apartaba del espíritu republicano de la Ley Fundamental y que había sido concretado en varias provincias permitiendo la reelección de sus gobernadores.

Ese proyecto pasó a la Cámara de Diputados y nunca llegó a ser resuelto porque, en el ínterin, dos importantes figuras de la política argentina, Raúl Alfonsín y Carlos Menem, arribaron sorpresivamente a un acuerdo el 14 de noviembre de 1993 sobre el contenido que debía tener la reforma de la Constitución. En el llamado "Pacto de Olivos", concertado sin debate previo, sin publicidad, sin conocimiento de la ciudadanía y a espaldas de los partidos políticos que aquéllos representaban, quedaron especificados los temas para la reforma.

Ese acuerdo, que posteriormente mereció la aprobación impuesta coercitivamente por las estructuras partidarias de aquellas figuras políticas, fue sometido a la Cámara de Diputados que, tras un breve y superficial debate, procedió a su aprobación. Otro tanto hizo el Senado, aunque con una ligera modificación respecto de la duración del mandato de quienes integran ese cuerpo. Finalmente, fue promulgada la ley N° 24.309.

En virtud de esa ley, y tal como constitucionalmente corresponde, la ciudadanía fue convocada a un acto comicial. En ese acto, según las opiniones vertidas por prestigiosos analistas del comportamiento electoral, la votación estuvo más encaminada a premiar o castigar a ciertos dirigentes y partidos políticos que a emitir un juicio sobre la eventual reforma constitucional y su contenido.

A ello se añadió un total desconocimiento, por parte de la ciudadanía, no solamente sobre el contenido de la reforma propuesta, sino inclusive sobre los alcances y valores de la Constitución. Todo parecía circunscribirse al problema de la reelección presidencial con explícita referencia a la persona que ejercía la Presidencia de la Nación y a la necesidad de preservar su protagonismo político por parte de un ex presidente de la República.

Esa situación resintió la legitimidad del proceso reformador con los alcances asignados por la ley N° 24.309, porque el concepto de legitimidad es de carácter político y no aritmético. Refleja un consenso manifiesto del pueblo sobre la oportunidad y necesidad de introducir ciertas modificaciones en la Constitución para suprimir los obstáculos que impiden alcanzar los fines perseguidos por una comunidad nacional. Pero mal puede existir ese consenso cuando no se conoce debidamente la Constitución ni el contenido y efectos de la reforma propiciada.

Esto no significa que el proceso estuviera viciado de ilegitimidad sino que carecía de la suficiente legitimidad —sin perjuicio de su validez jurídica— como para concluir en una Ley Fundamental perdurable, eficaz y consentida. Probablemente, si se intensifica la información que en una república corresponde brindar al pueblo, aquella necesaria legitimidad podrá ser verificada.

La Convención Reformadora comenzó a funcionar el 25 de mayo de 1994, concluyendo su labor con la sanción de las reformas y la redacción del texto constitucional ordenado, que fue publicado en el Boletín Oficial del día 23 de agosto de 1994, entrando en vigencia al día siguiente de su publicación.

Con la reforma de 1994, la Constitución está integrada por 129 artículos, o si se quiere 130 con la inclusión del artículo 14 nuevo, estando complementada por 16 Disposiciones Transitorias de vigencia limitada hasta que se opere la reglamentación o, en su caso, la operatividad de los arts. 37, 39, 54, 56, 75 incs. 2 y 30, 76, 90, 99 incs. 4 y 7, 100, 101, 114, 115 y 129. A ellas cabe añadir la primera Disposición Transitoria que ratifica la soberanía del Estado sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, que se declaran parte integrante del territorio nacional.

Es una reforma importante por su extensión, con la salvedad de la de 1860 y la breve vigencia de la Constitución neo fascista de 1949. Pero no es una reforma necesariamente importante por su contenido, ni tampoco puede ser presentada como generadora de una nueva constitución (128).

Ella no altera la finalidad de la Constitución de 1853/60, de modo que es incorrecto hablar de una nueva constitución y sí de un texto reformado con el cual el país afrontará la problemática del siglo XXI. Prosigue siendo una Constitución personalista, cuyo único objetivo es concretar la libertad y dignidad del ser humano como máximo valor en una escala axiológica a la cual se subordinan la grandeza del Estado, la superioridad de una clase social y cualquier otro valor transpersonalista autoritario.

La inclusión de presuntos nuevos derechos y garantías, en realidad no es tal. Todos ellos ya estaban previstos con amplia generosidad, explícita o implícitamente, en el texto anterior. Pero la inserción constitucional de algunas modalidades de esos derechos preexis-

---

(128) Conf. GERMÁN BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 303, ob. cit.

tentes, obligará a efectuar un intenso y honesto esfuerzo interpretativo para evitar el absurdo que se otorgue a ciertos derechos, en el ámbito individual o social, mayor jerarquía que a los restantes. Todos ellos son, en definitiva, la institucionalización de diversas manifestaciones de una especie única: la libertad y dignidad del hombre, que impone el deber de armonizarlos mediante leyes reglamentarias.

En la organización del gobierno, la reforma fundamental reside en ampliar los poderes del presidente de la República y permitir su reelección inmediata reduciendo el mandato a 4 años. Podrá dictar decretos de necesidad y urgencia sobre materias legislativas y, con autorización del Congreso, sancionar leyes como acontece en algunos sistemas parlamentarios europeos. Ese incremento de poderes importa asignar al Congreso una importante responsabilidad de control que, si no claudica de sus atribuciones por lealtades partidarias, permitirá preservar el equilibrio de los poderes como garantía eficaz para evitar la concentración del poder en el presidente con su secuela inevitable de ejercicio abusivo y autoritario.

Se mantiene la forma federal de Estado, con reformas impositivas y económicas cuyas bondades dependerán de una prudente y eficaz legislación reglamentaria. Asimismo, se asigna autonomía a la ciudad de Buenos Aires que tendrá su propio gobierno político aunque, mientras siga siendo Capital de la República, su poder será limitado por la ley del Congreso que se sancione para garantizar los intereses del Gobierno nacional.

Algunas cláusulas generan el riesgo de una estratificación social de la llamada "*clase política*" mediante la jerarquía atribuida a los partidos políticos. Ellos virtualmente monopolizan la selección de candidaturas y el proceso electoral, siendo sostenidos económicamente por el Estado con un privilegio que se extiende a sus dirigentes. Es de esperar que esos dirigentes y los gobernantes recuerden que están al servicio del pueblo y no el pueblo al servicio de ellos.

Superada la euforia constituyente y el snobismo constitucional que inspiraron la reforma, es necesario que se imponga el equilibrio merced a una prudente y correcta interpretación de sus cláusulas, objetivo no concretado hasta el presente. Una vez más, ello será posible a través de la educación del ciudadano y del ejemplo ético de los gobernantes. Porque una Constitución no es solamente una ley fundamental sino, antes que ello, un símbolo nacional que explicita los fines de la sociedad argentina y un instrumento de gobierno que debe ser cumplido fielmente para la plena vigencia de un Estado de Derecho.



Nada mejor, a tales fines, que tener presentes las sabias palabras pronunciadas por Fray Mamerto Esquiú al ser jurada la Constitución en 1853 en la Iglesia Matriz de Catamarca: "*Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos*". Plausible recomendación que apunta a la vigencia del Estado de Derecho, con su secuela de seguridad jurídica, mediante el estricto cumplimiento de las leyes, por el cual deben bregar, sin claudicaciones, tanto los gobernantes como los gobernados.

El mayor de los errores en que incurrieron los precursores y gestores de la reforma de 1994, fue enrolarse en el snobismo constitucional. Su desconocimiento, y en algunos casos, el desprecio por la estructura institucional de 1853/60 los condujo a introducir en la Ley Fundamental principios institucionales propios del neomonarquismo europeo olvidando que, nuestra Constitución, se basó sobre la estructura republicana y federal de la Constitución de los Estados Unidos que pocos puntos en común tiene con el parlamentarismo europeo. Por otra parte, el desconocimiento del espíritu de la Constitución Nacional, indujo a los constituyentes a enrolarse en el criterio imperante entre los intelectuales de la mayoría de los países latinoamericanos que, habiendo padecido infinidad de textos constitucionales y rupturas del orden jurídico fundamental, decidieron acudir a la protección de las normas internacionales para preservar los derechos humanos. Pero, ninguno de esos países registra tan rica tradición constitucional como la República Argentina, al menos, entre 1862 y 1930. Tradición cuya vigencia requiere tan sólo el estricto cumplimiento de nuestra Constitución histórica, en su letra y espíritu.

### CAPÍTULO III

## DINÁMICA DEL PODER CONSTITUYENTE

### 74. PODER CONSTITUYENTE

Es la manifestación primaria del poder que se ejerce en una sociedad política global, para establecer una organización jurídica y política fundamental y fundacional mediante una constitución, y para introducir en ella las reformas parciales o totales que se estimen necesarias con el objeto de cristalizar jurídicamente las modificaciones que se producen en la idea política dominante en la sociedad.

La doctrina del poder constituyente, sistematizada por Sieyès (129), constituye la expresión de una de las técnicas fundamentales concebidas por el movimiento constitucionalista para evitar la concentración del poder y la restricción arbitraria de las libertades naturales del ser humano.

El mérito indiscutible de Sieyès residió en ofrecer una explicación racional sobre un fenómeno latente en el pensamiento político desde la antigüedad, y cuyo objetivo consistía en dotar de seguridad a la convivencia social. Entendía que era imposible crear una entidad y concretar los fines cuyos logros se pretendían con ella, sin una previa organización.

La nación, como comunidad humana preexistente, decide formar una sociedad política, a la cual le asigna un objeto. Esa sociedad política será el estado como una de las especies del género organización política global. Pero, para poder crear el estado la voluntad de la nación debe concretar la organización de esa sociedad política. Mediante tal organización, la comunidad se incorpora a la sociedad política estableciendo una estructura que regule su funcionamiento a fin de dar cumplimiento a los objetivos determinantes de la decisión adoptada por la nación.

---

(129) EMMANUEL SIEYÈS, *¿Qué es el Tercer Estado?*, ps. 101 y sigte., Ed. Americalee, Buenos Aires 1943.

Esa estructura es impuesta por la constitución que, a su vez, es el fruto del ejercicio de un poder constituyente originario cuya titularidad reside en la nación. En cuanto a los contenidos de la constitución, ellos serán precisados en función de la idea política dominante en la nación, que se proyectan sobre los objetivos atribuidos a la sociedad política global.

El ejercicio de la función constituyente, en su etapa originaria, es anterior a la formación de una sociedad global políticamente organizada y tiene por objeto dar nacimiento a esa sociedad dotándola de su organización básica. En este aspecto resalta el carácter fundacional del acto constituyente originario, que es consecuencia de la decisión adoptada por los componentes de un grupo social políticamente inorgánico para gestar una nueva entidad política global perdurable, en cuyo marco se desarrollará la vida social conforme a las reglas jurídicas que se establecen a tal efecto.

El ejercicio de la función constituyente como manifestación del poder político, se traduce en la formulación de reglas jurídicas cuyo contenido, al establecer una relación de mando y obediencia, no difiere del asignado a las restantes reglas del derecho. Sin embargo, su carácter fundacional le asigna naturaleza supralegal a sus frutos normativos y condiciona la validez de todas las normas y comportamientos que se expresen dentro de la sociedad global. Se traduce en el principio de supremacía constitucional.

El carácter fundacional y organizativo de la función constituyente apunta a brindar seguridad jurídica a los integrantes de la nueva sociedad política. Por su intermedio se crea y organiza a la sociedad política, precisando los contenidos y formas de las relaciones sociales y políticas con la consecuente obligación, para gobernantes y gobernados, de adecuarse a ellas. Asimismo, por ser la constitución consecuencia del poder constituyente creador del estado, éste también queda subordinado a aquélla.

Pero la función constituyente no se agota con su etapa fundacional. Ella se proyecta sobre los sucesivos actos constituyentes con los cuales, y a pesar de no tener carácter originario, se procura reformar, aclarar o sustituir el acto constituyente originario.

En ambos casos, ya se trate del poder constituyente originario o del poder constituyente derivado, nos encontramos en presencia de la manifestación de una potestad extraordinaria y suprema.

El poder constituyente es extraordinario porque, a diferencia de los poderes constituidos del gobierno, que son ordinarios y permanentes, la función constituyente solamente se ejerce, y con exclusi-

vidad, para dictar o reformar una constitución. Una vez cumplida su misión, la función constituyente entra en receso.

El poder constituyente es supremo porque configura la máxima manifestación del poder político, a través de un acto de autoridad que crea y delimita los poderes constituidos del gobierno que están subordinados al acto constituyente.

En su manifestación originaria, el poder constituyente es incondicionado, porque no está sujeto a regla jurídica alguna, ya sea de fondo o de forma. En cambio, en el poder constituyente derivado, esa característica no presenta igual intensidad, porque su ejercicio sólo es procedente previo cumplimiento de las reglas impuestas en la etapa originaria.

La consecuencia práctica de la doctrina del poder constituyente y la manera efectiva de asegurar la supremacía y superlegalidad del acto constituyente es la distinción y separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Se trata de otra de las tantas técnicas forjadas por el movimiento constitucionalista para preservar la libertad y dignidad del hombre como secuelas de la seguridad jurídica.

Esa técnica consiste en establecer una distinción de sujetos y competencias entre quienes dan origen a la sociedad política global estableciendo su marco genérico de organización, y quienes, en función del mismo, son los encargados de materializar los grandes objetivos plasmados en la constitución y siguiendo los lineamientos previstos en ella.

La separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos es una de las herramientas fundamentales del movimiento constitucionalista destinada a establecer una constitución y ubicarla fuera del alcance de los órganos gubernamentales ordinarios, limitando sus atribuciones y determinando los ámbitos de la vida individual y social que no pueden ser afectados por su acción.

De tal manera, el poder constituyente se desenvuelve en un nivel superior, creando a la sociedad política global, a su ordenamiento jurídico fundamental y a los poderes constituidos ordinarios encargados de hacer efectivos los principios constitucionales (130), con estricta sujeción a las directivas impuestas por el poder constituyente.

Cuando nos referimos al poder constituyente, tanto en su manifestación originaria como derivada, estamos describiendo al poder

---

(130) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, p. 209, ob. cit.

constituyente de una organización política global. Pero, en la estructura adoptada por algunas de ellas, advertimos una descentralización del poder que alcanza, parcialmente, al poder constituyente. Tal es el caso de las provincias en un estado federal, donde se les reconoce a ellas el ejercicio del poder constituyente.

Sin embargo, ese poder, no es soberano como el de la organización política global, sino autónomo y subordinado, tanto al poder constituyente originario como al derivado que se expresa en el estado federal. Es una especie de poder constituyente de segundo grado desprovisto de soberanía y acotado, en el ámbito de su aplicación, a los límites establecidos por la voluntad originaria o derivada de la nación.

#### 75. PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

El poder constituyente se puede manifestar en forma originaria o derivada. Es originario cuando importa la fundación de una sociedad política global estableciendo su organización política y jurídica fundamental, sin atenerse a reglas positivas preexistentes. Es derivado cuando con el acto constituyente se modifica, total o parcialmente, la organización política y jurídica resultante de una constitución preexistente y conforme a los procedimientos establecidos por ella.

Si bien la reforma constitucional no es consecuencia del ejercicio del poder constituyente originario o fundacional, tampoco lo es de un poder legislativo constituido aunque revista carácter extraordinario. La modificación de toda obra gestada mediante el ejercicio del poder constituyente solamente puede ser llevada a cabo por el mismo poder que le dio origen, ya sea en su condición de originario o derivado.

En su etapa derivada, el poder constituyente participa de la naturaleza que tiene en su etapa originaria. Se trata, en ambos casos, de un mismo poder constituyente cuyas diferencias no están dadas por su naturaleza sino por los alcances de su ejercicio. El poder constituyente originario es ilimitado, mientras que, el derivado, sólo se puede ejercer dentro de los límites resultantes del anterior.

El rasgo esencial del poder constituyente derivado reside en su subordinación originaria respecto de la manifestación del poder constituyente fundacional. Sin embargo, y una vez puesto en funcionamiento conforme a la constitución vigente, puede llegar a trans-

formarse en un poder constituyente fundacional si establece y organiza una nueva sociedad política global. Esta situación se podrá presentar si se faculta, mediante el ejercicio del poder constituyente derivado, a reformar íntegramente una Constitución no solamente en su texto sino también para adecuarla a una nueva idea política dominante.

En este caso, revestirá el carácter de poder constituyente derivado frente a la constitución preexistente, por cuanto su ejercicio se habrá basado en el acto constituyente originario y se habrá desarrollado conforme al mismo. Pero también será un poder constituyente originario frente a los actos constituyentes que se produzcan en lo sucesivo y sobre la base de ese antecedente constitucional, siempre y cuando con ellos no se opere la creación y organización de una nueva sociedad política global.

## 76. LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE

La distinción entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado tiene estrecha relación con los problemas que se plantean para determinar los límites del poder constituyente.

Las soluciones varían según se adopte un enfoque jurídico positivista o un enfoque jusnaturalista para la determinación de los límites del poder constituyente, ya sea en su etapa originaria o derivada.

El poder constituyente originario, en cuanto importa la fundación de una sociedad política global y el establecimiento de una organización jurídica y política primaria, no está condicionado ni limitado por un ordenamiento constitucional anterior que, en rigor, resulta inexistente. En su etapa fundacional, la potestad del poder constituyente es amplia y discrecional por cuanto no existe una norma positiva anterior que establezca límites para su ejercicio.

Pero si bien a través de un enfoque jurídico positivista el poder constituyente originario no tiene límites, la solución varía si se aplica un enfoque jusnaturalista. Conforme a este último enfoque, el poder constituyente originario no tiene límites de derecho positivo, pero está sujeto a las restricciones emanadas del derecho natural.

Ninguna ley positiva puede limitar el poder constituyente originario estableciendo la forma y alcances del acto fundacional de una sociedad política. Sin embargo, la libertad, la dignidad, la justicia y otros valores absolutos provenientes del derecho natural están por encima del poder constituyente originario, estableciendo un límite para su desenvolvimiento discrecional.

En esta concepción jusnaturalista se enrola el movimiento constitucionalista, al proclamar como finalidad y justificación básica de toda constitución el resguardo para la libertad y dignidad del hombre. De modo que la legitimidad y validez del ejercicio del poder constituyente originario están condicionadas al reconocimiento positivo de aquellos valores.

Los eventuales límites para el poder constituyente originario también pueden provenir de un enfoque político o sociológico.

En la medida que un estado se incorpore a organizaciones internacionales que, paulatinamente, se desenvuelven hacia las conformaciones de entidades supraestatales, se entiende que su poder constituyente está sujeto a los compromisos políticos contraídos en los tratados internacionales y a las normas generales del derecho internacional. Semejante limitación sólo es verificable si, como consecuencia de la interrelación de las organizaciones políticas globales, se opera un desmembramiento del carácter soberano que presenta el poder de ellas.

Sociológicamente, el poder constituyente originario estaría limitado por la idea política dominante en la sociedad. No sería viable la organización política de una sociedad conforme a normas jurídicas que distan de reflejar los sentimientos y objetivos de ella. En tal caso, en función del resultado obtenido, el ejercicio del poder constituyente carecerá de legitimidad, y la constitución probablemente dejará de tener vigencia en el curso de un proceso de desconstitucionalización gestado por gobernantes y gobernados.

Difiere sustancialmente la situación en que se encuentra el ejercicio del poder constituyente derivado. Jurídicamente está limitado por la constitución vigente en cuanto al procedimiento y condiciones que ella establezca para tornar positivamente viable la reforma de la Ley Fundamental. Además, otra limitación puede resultar de las cláusulas pétreas, expresas o tácitas, establecidas por el acto constituyente originario. Por último, si aceptamos el enfoque jusnaturalista, a estas limitaciones se añadirán las establecidas por el derecho natural, con igual alcance al que tienen frente al ejercicio del poder constituyente fundacional, y otro tanto los de naturaleza política o sociológica.

## **77. SUJETO DEL PODER CONSTITUYENTE. LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD DEL PODER CONSTITUYENTE**

La titularidad del poder constituyente está determinada por la idea política dominante en la sociedad. En los sistemas políticos

teocráticos y absolutistas de la antigüedad, la titularidad del poder constituyente residía, en forma directa o indirecta, en la persona del gobernante. Algo similar acontece en los sistemas políticos autocráticos modernos, donde la concentración del poder, con inclusión del poder constituyente, se materializa en un individuo o grupo de individuos que monopolizan su ejercicio prescindiendo de los restantes integrantes de la comunidad.

En cambio, en un sistema democrático constitucionalista, la idea política dominante nos indica que la titularidad del poder constituyente reside en la comunidad, en el pueblo o en la sociedad global, integrada por todos aquellos que conforman el elemento humano de la organización política.

El ejercicio de la función constituyente supone a un sujeto constituyente que es la unidad de voluntad dotada de capacidad de decisión y acción. La individualización de esa unidad de voluntad varía en función de la idea política dominante. Pero en un sistema democrático constitucional propio del movimiento constitucionalista, la unidad de voluntad reside en el pueblo organizado políticamente para que, en forma directa o por medio de sus representantes, ejerza el poder constituyente originario o derivado.

La titularidad del poder constituyente se relaciona, asimismo, con los conceptos de legitimidad y validez de la constitución concebida como producto del acto constituyente.

La legitimidad es un concepto esencialmente político que está determinado por la comunidad en función de la idea política dominante adoptada por ella. Tiene legitimidad todo aquello que es aceptado por estar de acuerdo con la idea política dominante. Así, la legitimidad de una constitución no dependerá solamente de la reproducción de los contenidos existentes en la idea política dominante, sino también de ser ella consecuencia de la acción desplegada por el sujeto al que esa idea política dominante le asigna la titularidad del poder constituyente.

Una constitución, aunque su aprobación sea obra de un referéndum o plebiscito, carecerá de legitimidad si no refleja cabalmente las necesidades y aspiraciones permanentes de una sociedad, junto con las soluciones que deberán ser instrumentadas para satisfacerlas.

Asimismo, una constitución sancionada prescindiendo de la intervención del pueblo, y aunque reproduzca la idea política dominante en la sociedad, no podrá tener legitimidad en un sistema democrático constitucional, porque la concepción que impera en el mismo no admite la sustitución del pueblo en su condición de titular



del poder. Una constitución carente de legitimidad es una construcción jurídica precaria destinada al fracaso por estar desprovista del consenso social indispensable.

Mientras que la legitimidad de una constitución no puede ser analizada jurídicamente, su validez tampoco puede ser objeto de una consideración política. El concepto de validez es esencialmente jurídico y la validez de una constitución depende exclusivamente de su adecuación al orden jurídico preexistente y, en su caso conforme al enfoque jusnaturalista, al derecho natural. La falta de validez jurídica de una constitución influye sobre su legitimidad en un Estado de Derecho, pero su calificación es determinada solamente por elementos jurídicos.

La validez de una constitución que es consecuencia del ejercicio del poder constituyente fundacional, no depende de un ordenamiento jurídico preexistente de tipo positivo. Esa validez solamente podría estar condicionada por el derecho natural, siempre que se acepte la aplicación de un enfoque jusnaturalista.

En cambio, la validez de una constitución que sea fruto del ejercicio del poder constituyente derivado, no solamente podrá estar condicionada por el derecho natural, sino también por las formas, procedimientos y contenidos positivamente péticos que contenga la constitución preexistente. A ellos se añaden los requisitos jurídicos cuyo cumplimiento condiciona la validez en el ejercicio del poder constituyente derivado, y que conforman la proyección al ámbito constitucional del principio de legalidad. En este caso, los aspectos formales y sustanciales se conjugan condicionando la validez del acto constituyente derivado.

## 78. REFORMA CONSTITUCIONAL

La eficacia de una constitución depende de su perdurable adecuación a la realidad social y política, de su capacidad para interpretar las necesidades y objetivos de una sociedad, y de su aptitud para suministrar los instrumentos idóneos destinados a satisfacer las aspiraciones razonables de los integrantes de la comunidad política. Debe procurar ser la exacta manifestación de la idea política dominante en la sociedad y la herramienta apropiada para alcanzar las metas que motivaron la organización social.

Sin embargo, por más perfecta que sea una constitución, el orden político solamente reproduce parcialmente el modelo escrito en el texto constitucional. Ante esa realidad, y para lograr una coinci-

dencia absoluta entre los órdenes político y constitucional, se suele acudir a un enfoque sociológico, según el cual la sociedad tiene su propio ordenamiento normativo resultante del comportamiento que, con prescindencia de toda valoración, está por encima del texto de la ley. Esta se tendría que limitar a reflejar tales conductas, siendo necesaria su reforma cada vez que se advierta un cambio en el comportamiento social.

Consideramos que este enfoque es erróneo y perjudicial para la seguridad jurídica. La obra del constituyente, como toda obra humana, es esencialmente imperfecta. Sólo la soberbia nos puede inducir a creer en la inmutabilidad del texto de una constitución. Pero también sólo esa soberbia nos puede conducir a la solución contraria, creyendo, en abstracto, que a través de la reforma de la constitución se conseguirá remediar los males que padece una sociedad, sin indagar previamente en qué medida ella se opone al logro de los fines sociales y en qué medida la reforma perturbará el sistema político y la seguridad jurídica de los habitantes.

Precisamente, las técnicas formuladas por el movimiento constitucionalista propician la perdurabilidad de la constitución para afianzar la seguridad jurídica, el respeto a la ley tan importante en un Estado de Derecho y la estabilidad del sistema político. La distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos, la supremacía de la constitución, el control de constitucionalidad y la rigidez constitucional son técnicas destinadas a facilitar la subsistencia y aplicabilidad de una constitución.

Pero la rigidez constitucional no significa que se pretenda establecer una constitución pétrea, que permanezca inalterable frente a la evolución de la vida social y a las variaciones que se operen en la idea política dominante en la sociedad. Una constitución pétrea es una constitución destinada al fracaso, por cuanto no podrá satisfacer los requerimientos provenientes del dinamismo de la vida social.

Esto significa que una constitución, sin caer en el extremo del enfoque sociológico o de su petrificación, debe prever los mecanismos que permitan su adecuación a la realidad, cuando mediante la interpretación resulte imposible alcanzar tal objetivo y siempre que esa realidad esté consubstanciada con la idea política dominante.

A este enfoque responde la Constitución Nacional. Es una Constitución escrita, codificada y rígida, cuya perdurabilidad se aspira a concretar mediante una adecuada interpretación de sus cláusulas. Pero cuando esta última resulta insuficiente para colmar las legítimas e intensas necesidades de la sociedad, la propia Constitución

prevé su reforma mediante un procedimiento complejo cuyo cumplimiento permite verificar aquella necesidad y el consenso social que la motiva.

El procedimiento para la reforma constitucional está regulado en su art. 30. Pero, con la reforma de 1994, se le asigna al Congreso (art. 75, inc. 22) la facultad de otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Esta disposición no significa que existan dos mecanismos para la reforma constitucional porque, conforme al art. 75, inc. 22, de la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos solamente pueden complementar los derechos y garantías que enuncia la Ley Fundamental, pero no derogan artículo alguno de su parte dogmática donde, precisamente, están enunciadas las libertades consagradas por la Constitución de 1853 y sus reformas ulteriores concretadas conforme a su art. 30.

Tampoco derogan la parte orgánica porque, por su naturaleza, los tratados sobre derechos humanos no regulan la estructura gubernamental ni la estatal.

### 79. PROCEDIMIENTO PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Siguiendo los lineamientos correspondientes a una constitución rígida, la Constitución Nacional ha previsto el procedimiento para su reforma, asignando el ejercicio de la función constituyente a un órgano diferente al que tiene a su cargo la elaboración de la legislación ordinaria.

El art. 30 de la Constitución dispone que *"La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto"*.

En casi todos los proyectos de leyes fundamentales y de constituciones elaboradas antes de concretarse la organización constitucional definitiva del país, estaba previsto algún mecanismo de reforma constitucional.

Las constituciones de 1819 y 1926 coincidían en el procedimiento para la reforma constitucional. La moción de reforma de uno, o va-

rios, artículos podía ingresar a cualquiera de las cámaras si era apoyada por la cuarta parte de sus miembros. Analizada la moción, ella podía ser aceptada, total o parcialmente, por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada cámara. La resolución del Congreso debía ser comunicada al órgano ejecutivo para que, en el plazo de treinta días, diera a conocer su opinión fundada a la cámara de origen. Si disentía con la reforma, el Congreso podía disponer su sanción por el voto de las tres cuartas partes de cada cámara. Aprobada la reforma, pasaba al poder ejecutivo para su publicación pero, si éste insistía con sus reparos, se imponía una nueva votación en cada cámara y, si en ambas, se mantenía la decisión anterior por las tres cuartas partes de sus miembros, quedaba sancionada la reforma constitucional.

El mecanismo de reforma era propio de una constitución rígida, pero la función preconstituyente y constituyente se concentraban en un sólo órgano que era el Congreso.

Ninguno de estos procedimientos fue adoptado por los constituyentes de 1853/60, quienes se acercaron a los modelos de la Constitución de los Estados Unidos y del Proyecto de Constitución de Alberdi, basado sobre ella.

El mecanismo de reforma que contiene el artículo V de la Constitución de los Estados Unidos se materializa en los siguientes principios: 1) las propuestas de enmiendas a la Constitución pueden ser efectuadas por el Congreso mediante el voto de los dos tercios de ambas cámaras, o por una convención convocada por el Congreso a solicitud de las legislaturas de dos tercios de los Estados; 2) una vez propuestas las enmiendas, ellas quedan aprobadas si son ratificadas por las legislaturas de tres cuartas partes de los Estados, o por convenciones reunidas en las tres cuartas partes de los Estados.

Le corresponde al Congreso determinar cuál es el procedimiento que se aplicará para la ratificación de las enmiendas propuestas, aunque en la práctica todas las enmiendas incorporadas a la Constitución fueron proyectadas por el Congreso y, con excepción de la enmienda XXI, que fue ratificada por las convenciones estatales, todas las restantes fueron ratificadas por las legislaturas locales (131).

Cabe destacar que la Constitución de los Estados Unidos establece que ningún Estado, sin su consentimiento, puede ser privado

---

(131) La enmienda XXI, propuesta el 20 de febrero de 1933 y ratificada el 5 de diciembre de ese año, derogó la enmienda XVIII que prohibía la fabricación, venta y transporte de bebidas alcohólicas en el territorio de los Estados Unidos, así como también su importación y exportación.

de la igualdad del sufragio en el Senado, lo cual configura una cláusula pétrea, y un requisito adicional y específico para la reforma constitucional.

En los arts. 37, 38, 39 y 40 del Proyecto de Constitución de Alberdi, aparece regulado el procedimiento que propuso para la reforma constitucional. Sus condiciones que difieren parcialmente de las establecidas por la Constitución de los Estados Unidos, son las siguientes: 1) la Constitución no puede ser reformada por el lapso de diez años; 2) la iniciativa para la reforma constitucional corresponde solamente al Senado; 3) la necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso mediante el voto de las dos terceras partes de sus miembros; 4) la reforma sólo puede ser efectuada por un congreso o convención convocada al efecto; 5) las reformas propuestas por la convención entran en vigencia si son aprobadas por las dos terceras partes del Congreso Nacional, o por las dos terceras partes de las legislaturas provinciales.

En los arts. 30 y 51 del texto constitucional de 1853 se adoptó, con ligeras variantes, el modelo propuesto por Alberdi. Se establecía que: 1) la Constitución no podía ser reformada por el lapso de diez años; 2) la iniciativa para la reforma constitucional le correspondía al Senado; 3) la necesidad de la reforma constitucional debía ser declarada por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de sus miembros; 4) la propuesta y aprobación de las reformas debía ser hecha por una convención convocada al efecto.

A raíz de las modificaciones introducidas en 1860 en el texto constitucional, el procedimiento para la reforma de la Constitución Nacional es el siguiente: 1) la necesidad de la reforma constitucional es declarada por el Congreso mediante el voto de las dos terceras partes de sus miembros; 2) la propuesta y aprobación de las reformas es realizada por una convención convocada al efecto.

Si bien el texto del art. 30 de la Constitución es claro, se han planteado algunas dudas sobre sus alcances, que se disipan fácilmente mediante la aplicación razonable de las reglas de interpretación constitucional.

## **80. MANIFESTACIÓN DE LA NECESIDAD DE REFORMA. FUNCIÓN CONSTITUYENTE Y FUNCIÓN PRECONSTITUYENTE**

El art. 30 de la Constitución distingue la función constituyente de la preconstituyente, asignando su ejercicio a dos órganos diferentes.

Corresponde al Congreso declarar la necesidad de la reforma constitucional a través de un acto político no susceptible de revisión judicial en cuanto a su contenido material. El Congreso aprecia y valora las circunstancias de hecho, formulando un juicio acerca de la necesidad y conveniencia de la reforma constitucional que no es vinculante para la convención reformadora.

Sin embargo, al disponer el funcionamiento del órgano constituyente, el Congreso no ejerce la potestad de reformar la Constitución, porque no está habilitado para introducir modificación alguna en la Ley Fundamental.

Tampoco, a través de una interpretación literal del art. 30, podría atribuirse el rol de convención reformadora porque, en tal caso, estaría desnaturalizando la distinción entre los órganos que ejercen el poder constituido y los órganos que ejercen la función constituyente.

Se limita a ejercer la función preconstituyente declarando la necesidad de la reforma y convocando a un órgano extraordinario e independiente del Congreso —la convención— para que ejerza la función constituyente decidiendo si corresponde modificar la Constitución en los temas enunciados por el Congreso y, en caso afirmativo, para que determine cuál será el nuevo contenido constitucional. Claro está, que la Convención puede no reformar la Constitución desestimando la necesidad declarada por el Congreso.

El Congreso está limitado por la Convención porque en ejercicio de la función preconstituyente no puede efectuar la reforma constitucional y, a su vez, la Convención está limitada por el Congreso porque no puede reformar parte alguna de la Constitución que no esté incluida en la declaración de necesidad propuesta por este último.

## 81. DECLARACIÓN O LEY DEL CONGRESO

La declaración de la necesidad de la reforma de la Constitución efectuada por el Congreso, ¿debe manifestarse por medio de una ley?

El tema fue ampliamente debatido en el seno de la Convención Constituyente de 1949 (132), así como también por la doctrina cons-

---

(132) Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1949, t. I, ps. 40 a 166, Buenos Aires 1949.

titucional, que se inclina en negar carácter legislativo al acto que declara la necesidad de la reforma constitucional (133).

Una interpretación literal del art. 30, que es la menos recomendable en materia constitucional, podría avalar el criterio de quienes niegan doctrinariamente naturaleza legal al acto del Congreso que declara la necesidad de la reforma.

Esa norma hace referencia a una declaración del Congreso y no a una ley. Sin embargo, la aplicación de la interpretación sistemática resiente la solidez de aquella conclusión, por cuanto otras disposiciones constitucionales también hacen referencia a declaraciones que se manifiestan mediante actos legislativos. Así, el art. 23 de la Constitución alude a la declaración del estado de sitio que, en el caso previsto por el art. 75, inc. 29, se concreta a través de una ley del Congreso y no de otra especie de manifestación de voluntad.

Pero existen otros argumentos que, sometidos a la razonable aplicación de las reglas interpretativas de la Constitución, conducirían a compartir la tesis según la cual el acto del Congreso que declara la necesidad de la reforma constitucional no es una ley.

En primer lugar, cabe recordar que la manifestación de la voluntad del Congreso no se verifica exclusivamente a través de leyes. Las funciones constitucionales del Congreso no se agotan en el ámbito legisferante, sino que se extienden a otros, donde su actuación se concreta a través de procedimientos y actos diferentes a los previstos en los arts. 77 a 84 de la Ley Fundamental.

El derecho de acusar en el juicio público (art. 53), el fallo que se dicta en el juicio público (art. 60), la autorización que otorga el Senado al Presidente de la Nación para declarar el estado de sitio en caso de ataque exterior (art. 61), las decisiones que adopta cada Cámara del Congreso sobre la validez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros (art. 64), las sanciones disciplinarias (art. 66), el desafuero (art. 70), los pedidos de explicaciones e informes (art. 71), admisión o rechazo de los motivos de dimisión del presidente o vicepresidente (art. 75, inc. 21), los acuerdos que para ciertos nombra-

---

(133) Niegan carácter legislativo a la declaración de necesidad de la reforma JOSÉ MANUEL ESTRADA (*Curso de Derecho Constitucional*, t. II, p. 27, Buenos Aires 1927), JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN (*Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 364, Ed. Lajouane, Buenos Aires 1930), CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE (*Manual de Derecho Constitucional*, p. 534, Ed. Kapeluz, Buenos Aires 1958), GERMÁN BIDART CAMPOS (*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 112, ob. cit.), SEGUNDO V. LINARES QUINTANA (*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, p. 275, ob. cit.).

mientos presta el Senado (art. 99, incs. 4, 7 y 13), la designación del Defensor del Pueblo (art. 86), la interpelación y remoción del jefe de gabinete (art. 101), son todos ellos actos que realiza el Congreso o sus cámaras al margen de su función específicamente legisferante.

De modo que no cabe sostener que la declaración sobre la necesidad de la reforma constitucional es una ley por el sólo hecho de emanar del Congreso. Hay muchas manifestaciones de voluntad del Congreso que se formulan por actos carentes de naturaleza legislativa.

En segundo lugar, la circunstancia de exigir el art. 30 una mayoría de dos tercios resulta extraña al procedimiento reglado por la Constitución para la sanción de las leyes ordinarias (arts. 77 y 78).

Hay varias disposiciones de la Constitución Nacional que imponen mayorías especiales de dos tercios de votos para la validez de las decisiones del Congreso, y en ninguna de ellas se prevé la participación del Poder Ejecutivo para integrar el acto. Tales son los casos de formación de causa para el juicio político (art. 53), fallo condenatorio en el juicio político (art. 59), aplicación de sanciones disciplinarias y remoción de los legisladores (art. 66) y el desafuero (art. 70). En todas estas hipótesis la actuación del Congreso, o de alguna de sus Cámaras, está condicionada a mayorías especiales para que tenga validez el acto por el cual se manifiesta su voluntad. Además, en todas ellas los actos emitidos por el Congreso no son leyes.

Una interpretación sistemática de la Constitución conduciría a sostener que, en todos aquellos casos en que la Ley Fundamental exige mayorías especiales, como las del art. 30, la manifestación de su voluntad no se exterioriza mediante leyes ni con la participación del Poder Ejecutivo. Tal conclusión no sería invalidada por los arts. 81 y 83 de la Constitución, que prevén una mayoría de dos tercios para la sanción de las leyes cuando existe disparidad de opiniones en las Cámaras, o cuando el Poder Ejecutivo ejerce su potestad del veto. La exigencia de esa mayoría presupone un desencuentro entre ambas Cámaras del Congreso, o de ellas frente al Poder Ejecutivo, que se resuelve imponiendo la voluntad del órgano legislativo cuando se accede a la mayoría de los dos tercios. Y, en el caso del art. 30, cabría sostener que se ha proyectado una técnica que supera el mecanismo para la sanción de las leyes mediante un procedimiento diferente al reglado para estas últimas.

Sin embargo, después de la reforma constitucional de 1994, esta interpretación no resulta suficientemente sólida. En varias disposiciones constitucionales se imponen mayorías especiales para la sanción de las leyes. Tanto la ley reglamentaria de la iniciativa popular



(art. 39), como de la consulta popular (art. 40), deben ser aprobadas por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara. La ley convenio, en materia de contribuciones, debe ser aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara (art. 75, inc. 2). La aprobación y denuncia de los tratados internacionales sobre derechos humanos, requieren del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara (art. 75, inc. 22), mayoría igual a la impuesta por el art. 30 de la Constitución. La aprobación de los tratados de integración que se celebren con estados latinoamericanos impone la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara y, otro tanto, para la confirmación de los tratados de ese tipo que se celebren con estados no latinoamericanos (art. 75, inc. 24).

En tercer lugar, la potestad preconstituyente es asignada por la Constitución en forma exclusiva al órgano representativo de la voluntad del pueblo y de las provincias que componen la Nación, sin participación alguna del Poder Ejecutivo en orden al ejercicio de su poder colegislador. A diferencia de lo que acontecía en algunos de los antecedentes constitucionales, donde se preveía la participación del Poder Ejecutivo en el ejercicio de la función preconstituyente (134), la Constitución se habría apartado de ellos, absteniéndose de enunciar ese atributo entre las facultades conferidas al Presidente de la Nación.

Sin embargo, cuando la Constitución priva al órgano ejecutivo de su potestad de control mediante el veto, así lo dispone de manera expresa. Es la hipótesis prevista en su artículo 40 que impide el veto de la ley de convocatoria a una consulta popular. Privación que no estaría impuesta para la hipótesis del art. 30.

En una constitución rígida, la interpretación de las cláusulas referentes a la reforma constitucional debe ser restrictiva, propiciando aquellas soluciones que tornen más difícil la modificación de la Ley Fundamental. En tal sentido, parecería más razonable dar participación al Poder Ejecutivo, quien con su veto podría diferir o impedir la declaración de necesidad de la reforma.

Se podrá alegar que, emitido el veto total o parcial, razonablemente las cámaras insistirán en sus posturas mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros. Sin embargo, se trata de una hipótesis que puede aparecer desvirtuada en los hechos. Ya sea por la presión popular sobre la cual estaría basado el veto, o porque

---

(134) El Proyecto de Constitución redactado en 1818 por el Congreso de Tucumán, la Constitución de 1819 y la Constitución de 1826.

los legisladores sean convencidos por los argumentos expuestos por el órgano ejecutivo, o porque, en el ínterin, varíe la composición de alguna de las cámaras y no se pueda obtener la mayoría impuesta por el artículo 30 de la Ley Fundamental. En estos casos, la falta de insistencia por el Congreso, revelará que no existía una real necesidad o conveniencia de introducir reformas al texto constitucional.

En la práctica constitucional la necesidad de la reforma de la Ley Fundamental siempre fue declarada mediante la sanción de una ley.

Así aconteció en 1860 con la ley N° 230 de la Confederación Argentina, en 1866 con la ley N° 171 de la Nación Argentina, en 1897 con la ley N° 3507, en 1948 con la ley N° 13.233 y en 1993 con la ley N° 24.309. Asimismo, en las dos oportunidades (135) en que el Congreso se pronunció por la necesidad de la reforma constitucional, aunque sin que llegara a concretarse la convocatoria de las convenciones reformadoras, también el procedimiento utilizado fue la sanción de una ley.

Aunque se aceptara que la declaración de necesidad de la reforma constitucional debe emanar de un acto del Congreso que no reviste naturaleza de ley, así como también la orden que se imparta al Poder Ejecutivo para que disponga la convocatoria de los ciudadanos para elegir a los convencionales, ello no significa desconocer toda actuación del Presidente de la República en el proceso de reforma.

En efecto, por vía de una declaración el Congreso se limita a destacar la necesidad de la reforma y los temas que, a su criterio, deben ser objeto de ella. Pone en funcionamiento el proceso de reforma constitucional, aunque no podrá prescindir del Poder Ejecutivo.

En el mismo acto declarativo de la necesidad de la reforma, o uno posterior, el Congreso debe establecer el sistema electoral aplicable para la designación de los convencionales constituyentes. Se trata de una función propiamente legislativa cuyo ejercicio incumbe al Congreso mediante una ley que, como tal, está sujeta al control que ejerce el Poder Ejecutivo a través del veto. De modo que, por vía del veto de esa ley, el Poder Ejecutivo podría interferir el proceso de reforma constitucional.

Así, la ley 24.309, al margen de declarar la necesidad de la reforma constitucional y de citar los temas que quedaban sujetos a la consideración del órgano constituyente, dispuso que el Poder Ejecutivo debía convocar a elecciones de convencionales constituyen-

---

(135) Ley N° 1030 de 1880 y ley N° 14.404 de 1954.

tes (art. 8); que en cada provincia y la Capital Federal debían ser elegidos un número de convencionales igual al total de los legisladores que envían al Congreso (art. 9); que los convencionales serían elegidos directamente mediante el sistema de representación proporcional D' Hondt y conforme a la normativa general para la elección de diputados nacionales, siendo aplicables las disposiciones del Código Electoral Nacional (art. 10); que los convencionales debían reunir iguales requisitos que los requeridos para ser diputado nacional, y que no podían ser elegidos los miembros del Poder Judicial de la Nación y las provincias (art. 11). En definitiva, la necesidad de reformar la Constitución fue dispuesta por una ley.

Sin embargo, es posible que el sistema electoral esté contemplado en una ley general anterior que prevea su aplicación inmediata cada vez que se declare la necesidad de la reforma. En este caso, la sanción de la ley electoral no será necesaria y, por ende, inviable la intromisión del Poder Ejecutivo. Pero, de todas maneras se impone la intervención del Poder Ejecutivo emitiendo el decreto de convocatoria a elecciones de convencionales y, sin ese acto, resulta imposible que prosiga el proceso de reforma.

De modo que, en la realidad política, la distinción doctrinaria entre la ley y el acto declarativo pierde consistencia y practicidad, como se evidencia en el carácter legislativo que fue otorgado a todos los actos declarativos de la necesidad de la reforma constitucional (136).

Advirtiendo los riesgos que trae aparejados una reforma constitucional cuando es impulsada por la irracionalidad de las pasiones políticas, o por intereses sectoriales extraños al bien común de la sociedad, nos inclinamos por la hipótesis que requiere la sanción de una ley propiamente dicha y la viabilidad de su veto por el Poder Ejecutivo. Creemos que esta solución, aunque en un grado relativo, contribuye a fortalecer la perdurabilidad constitucional.

## 82. ACTUACIÓN SEPARADA DE LAS CÁMARAS DEL CONGRESO

Considerando la redacción del art. 30 de la Ley Fundamental, se plantea la cuestión sobre si las cámaras del Congreso deben actuar

---

(136) Sobre este aspecto, la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, al aprobar el dictamen realizado por una comisión integrada por los académicos de número CARLOS MARÍA BIDEGAIN, NATALIO BOTANA, HORACIO GARCÍA BELSUNCE y ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA, destacó: "A los efectos de este dictamen la comisión señala que la facultad de vetar por parte del ejecutivo divide a la doctrina nacional, con sólidas razones para una y otra posición,

separadamente o reunidas en asamblea cuando declaran la necesidad de la reforma constitucional.

Para algunos autores (137), las cámaras del Congreso deben reunirse formando una asamblea legislativa en la cual cada uno de los integrantes, ya sea senador o diputado, tiene un voto. De modo que los dos tercios se determinan sobre la totalidad de diputados y senadores reunidos en asamblea. El fundamento de esta posición reside en una interpretación semántica resultante de la referencia genérica al Congreso que tiene el art. 30, y no a las cámaras que la integran, como está expresado en otras partes de la Constitución.

Otros autores (138) sostienen que el silencio que guarda sobre el tema el art. 30 de la Constitución, faculta al Congreso para resolver si la declaración de necesidad de la reforma será efectuada por sus cámaras actuando en forma separada o reunidas en pleno en una asamblea legislativa. Inclusive, y a través de una interpretación literal que no compartimos, se llega al extremo de sostener que el propio Congreso se podría autoconvocar como convención reformadora, absorbiendo tanto la función preconstituyente como la constituyente. Con esta hipótesis se diluye completamente la rigidez de la Constitución, que pasaría a integrar el grupo de las constituciones flexibles.

Por nuestra parte, consideramos que ambas cámaras deben actuar por separado, no solamente porque ello torna más difícil la reforma constitucional, conforme a la tipificación de una constitución rígida, sino también porque en varios artículos de la Constitución se menciona genéricamente al Congreso, y a través de una interpretación sistemática se arriba a la antedicha conclusión de que sus cámaras deben actuar separadamente.

Así, el art. 4º faculta al Congreso para imponer a la población contribuciones equitativas y proporcionales, el art. 9º establece que las tarifas aduaneras serán sancionadas por el Congreso, el art. 17 dispone que solamente el Congreso impondrá las contribuciones previstas en el art. 4º, el art. 24 establece que el Congreso promoverá la reforma de la legislación, el art. 29 prohíbe al Congreso conceder facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo, el art. 100, inc. 9º, y el art. 106, facultan al jefe de gabinete y a los ministros para concurrir a

---

admitiendo que es una cuestión controvertida que merece mayor reflexión" (*"Estudio sobre el alcance del artículo 30 de la Constitución Nacional"*, Buenos Aires 1993).

(137) CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, *Derecho Constitucional*, t. I, p. 535, ob. cit.

(138) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 112, ob. cit.

las sesiones del Congreso, el art. 108 prevé la creación de tribunales inferiores por el Congreso, el art. 126 condiciona el ejercicio de ciertos poderes provinciales a la autorización del Congreso. Además, hay muchas otras disposiciones de la Constitución que, si bien se refieren genéricamente al Congreso, le atribuyen potestades que son ejercidas actuando sus cámaras por separado.

Por el contrario, en determinados casos la Ley Fundamental impone expresamente que las cámaras del Congreso se reúnan en forma conjunta conformando una asamblea. Así lo hacen el art. 93 para el juramento que deben prestar el presidente y vicepresidente al asumir sus cargos y el art. 99, inc. 8°, para la apertura de las sesiones del Congreso. Exigencia que no está contemplada en el art. 30.

Una interpretación sistemática del texto constitucional permite concluir que el principio general en esta materia es la vigencia del bicameralismo, traducido en el funcionamiento separado de ambas cámaras. Las excepciones a ese principio, que se reflejan en el funcionamiento conjunto de las cámaras en asamblea, solamente se concretan cuando están expresamente previstas en la Constitución. Pero entre esas excepciones no está contemplada la situación del art. 30, de modo que la declaración de necesidad de la reforma constitucional debe ser declarada por los dos tercios de cada cámara actuando en forma separada (139).

A estos argumentos, se añade el resultante de la reforma constitucional de 1860. El texto de 1853 establecía que la iniciativa para la reforma le correspondía al Senado, aunque la declaración sobre su necesidad debía emanar del Congreso por el voto de las dos terceras partes de sus miembros. En este esquema, resultaba claramente impuesta la actuación separada de las cámaras del Congreso, por cuanto la iniciativa en materia de reforma constitucional correspondía exclusivamente al Senado. La modificación introducida en 1860 se limitó a suprimir la iniciativa del Senado, aunque manteniendo la esencia de la cláusula constitucional en su redacción anterior que, como lo hemos señalado, establecía implícitamente la actuación por separado de las cámaras del Congreso.

En nuestra práctica constitucional, las Cámaras del Congreso siempre actuaron en forma separada cuando se expidieron sobre la necesidad de la reforma.

---

(139) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, p. 278, ob. cit. En igual sentido el dictamen elaborado en 1993 por la Comisión de Académicos de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, integrada por los Dres. CARLOS BIDEGAIN, NATALIO BOTANA, HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE y ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA (ob. cit.).

### 83. QUÓRUM Y MAYORÍA PARA DECLARAR LA NECESIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El art. 30 de la Constitución establece que la necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de al menos dos terceras partes de sus miembros. Pero, ¿la determinación de las dos terceras partes debe ser efectuada sobre la totalidad de las bancas, sobre la totalidad de las bancas cubiertas, o sobre la totalidad de los miembros presentes?

Como regla general, el quórum necesario para el funcionamiento de cada cámara del Congreso está previsto en el art. 64 de la Constitución, al disponer que ninguna de ellas entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros. En tal caso, y también como regla general, la validez de las decisiones de cada cámara requiere la aceptación de la mayoría de los legisladores presentes, siempre que exista quórum, es decir, la mayoría absoluta de sus miembros, que es una fórmula idéntica a la expresada por el art. 30 para el cómputo de los dos tercios.

En ciertos casos, y respetando el quórum del art. 64, la Constitución exige la mayoría especial de los dos tercios, aunque con referencia expresa a los miembros presentes. Así, el art. 53 establece que para la formación de causa para el juicio político se requiere el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, y el art. 59 exige una mayoría de los dos tercios de los senadores presentes para dictar el fallo condenatorio en el juicio político. Otro tanto acontece con las situaciones previstas en los arts. 66, 70 y 81, donde también se hace referencia a las dos terceras partes de los miembros presentes.

Estas disposiciones permiten concluir que, en aquellos casos en que la Constitución no alude a los miembros presentes y establece mayorías especiales para la validez de las decisiones de las cámaras del Congreso, tanto el quórum como esas mayorías deberán ser determinadas sobre la totalidad de las bancas o miembros de la cámara.

Tanto la mayoría absoluta prevista por los arts. 39, 40, 64, 75 incs. 2, 3 y 24, 79, 85, 99 inc. 3, 101 y 114, como la mayoría de las dos terceras partes contemplada por los arts. 30 y 75 inc. 22, se establecen sobre la totalidad de los miembros y no sobre la totalidad de los legisladores presentes. Si la mayoría exigida es la de dos tercios de la totalidad de miembros, el quórum no será el resultante del art. 64 de la Constitución, sino el de las dos terceras partes de la totalidad de esos miembros (140).

---

(140) Conf. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA (*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, p. 286, ob. cit.) y GERMÁN BIDART CAMPOS (*Tratado Elemental*

Esta solución es la que mejor se adecua al carácter restrictivo que tiene la interpretación de las normas referentes a la reforma constitucional en el marco de una constitución rígida. Además, considerando la relevancia que presenta el acto preconstituyente que declara la necesidad de la reforma constitucional, no es razonable que la mayoría se establezca sobre la totalidad de los miembros presentes, porque en una cámara integrada por 100 miembros y con un quórum de 51 legisladores presentes, sería suficiente el voto afirmativo de 34 de ellos, lo que desnaturalizaría la esencia de las mayorías extraordinarias previstas en la Constitución. Así como la mayoría absoluta para entrar en sesión del art. 64 ha sido integrada por la mitad más uno de la totalidad de miembros, igual criterio se debe aplicar frente a las mayorías extraordinarias que prevé la Constitución, salvo que ella expresamente establezca lo contrario haciendo referencia a los miembros presentes.

La interpretación que propiciamos aparece plenamente convalidada después de la reforma constitucional de 1994. En efecto, si la Constitución exige el voto de la mayoría absoluta del total de los miembros de cada cámara del Congreso en las hipótesis previstas por los arts. 39, 40, 64, 75 incs. 2, 3 y 24, 79, 85, 99 inc. 3, 101 y 114 que versan sobre aspectos de menor relevancia institucional que una reforma de la Constitución, con mayor razón se impone la exigencia de los dos tercios sobre la totalidad de las bancas en el caso contemplado por el art. 30.

De igual manera, si el art. 75, inc. 22, exige que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos sean aprobados por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para tener jerarquía constitucional, igual solución debe ser aceptada para que sea viable la declaración de necesidad de reforma constitucional que impone el art. 30 de la Ley Fundamental. Una interpretación sistemática, con la guía del principio de la razonabilidad, conduce a esta conclusión.

Generalmente, se ha sostenido que en la práctica constitucional, solamente en 1897 y 1993 el Congreso sancionó leyes disponiendo la necesidad de la reforma constitucional por el voto de los dos tercios de la totalidad de los miembros de cada una de sus Cámaras.

---

*de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 113, ob. cit.). Para JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, los dos tercios se determinan sobre la totalidad de los miembros existentes en cada Cámara en el momento en que la reforma se decide y no sobre el total de bancas (*Curso de Derecho Constitucional*, p. 32, Ed. Kraft, Buenos Aires 1960).

Pero que, en los casos de las reformas de 1860, 1866 y 1949 (141) no se habría alcanzado similar mayoría ya que, el cómputo de los dos tercios se habría practicado sobre la totalidad de los miembros presentes que superaban el límite para el quórum contemplado por el art. 64 de la Constitución.

Sin embargo, un profundo y detallado análisis efectuado por la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, ha demostrado la inconsistencia de aquella afirmación porque, con la salvedad de 1949, todas las declaraciones de necesidad de reforma fueron formuladas por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara del Congreso.

La ley N° 230 de la Confederación Argentina, que aprobó el Tratado de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859, fue sancionada con el voto de 31 diputados, sobre un total de 38 miembros, y de 18 senadores sobre un total de 26 que integraban la Cámara respectiva. Debemos recordar que, como en ese momento la provincia de Buenos Aires no integraba la Confederación Argentina, los representantes que constitucionalmente se le habían asignado en el Congreso no podían ser computados ni considerados como miembros del mismo. Por la sencilla razón de que Buenos Aires constituía un Estado soberano e independiente de la Confederación.

En la reforma constitucional de 1866, promovida por la ley N° 171 de la Nación Argentina, también su aprobación fue realizada por el voto de los dos tercios de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En la Cámara de Senadores hubo 20 miembros presentes y 5 ausentes. La votación en general del proyecto de ley fue aprobada por 19 votos. A su vez, la votación en particular del artículo 1° del proyecto que declaraba la necesidad de reformar el artículo 4° y, el entonces artículo 67, inciso 1°, de la Constitución, también fue aprobado por 19 votos aunque, en la 63ª reunión, 6ª sesión extraordinaria, desarrollada por la noche del 29 de septiembre de 1865, la aprobación fue por unanimidad. El resto del articulado también fue aprobado por unanimidad, con la salvedad del artículo 4° (142) que me-

---

(141) En la Convención Reformadora de 1949 se modificó el art. 30 de la Constitución, estableciendo que los dos tercios debían ser determinados sobre la base de los legisladores presentes. Al ser dejada sin efecto esta cláusula por la Convención Reformadora de 1957, cabe sostener que los dos tercios se determinan sobre la totalidad de los miembros y no de los presentes.

(142) El artículo 4° disponía que, para ser electo convencional, había que reunir los requisitos constitucionales para ser diputado del Congreso.



reció un voto negativo, y del artículo 5° (143) que fue aprobado por 12 votos contra 6. Corresponde aclarar que, si bien se preveía la existencia de 28 senadores, había 3 bancas vacantes.

A su vez, en la Cámara de Diputados, había 18 vacantes y 32 bancas cubiertas habiendo participado en la sesión del 28 de mayo de 1866 la cantidad de 27 diputados, pues 5 de ellos se encontraban ausentes o con licencia. El proyecto fue aprobado por 25 votos.

En la reforma constitucional de 1898, la sanción de la ley declarativa N° 3507 fue aprobada por 61 diputados en una Cámara que tenía 86 bancas. En el Senado, compuesto por 30 bancas, el proyecto fue aprobado por 20 votos.

En 1949, si bien la ley declarando la necesidad de la reforma fue aprobada en el Senado con más de los dos tercios de votos de sus miembros, no aconteció lo mismo en la Cámara de Diputados. El total de bancas era de 158, reduciéndose a 152 el número de legisladores existentes a raíz de 6 vacantes. La aprobación fue efectuada por 96 votos que no alcanzaban los dos tercios requeridos por la Constitución. Tal circunstancia avala la inconstitucionalidad de la reforma realizada en 1949.

En 1993 la sanción de la ley N° 24.309 fue aprobada, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, cumpliendo el requisito constitucional de los dos tercios de los miembros existentes en cada Cámara.

Descartada la hipótesis de que el art. 30 de la Constitución se refiere a los dos tercios de los miembros presentes de cada cámara, queda por determinar si esa mayoría alude a la totalidad de bancas o a la totalidad de miembros existentes y efectivamente incorporados a las cámaras.

En 1860, 1898 y 1994, los dos tercios de legisladores que se pronunciaron por la necesidad de la reforma constitucional, superaban o equivalían a los dos tercios de las bancas de la cámara que integraban. En cambio, en 1866, esas mayorías se registraron sobre la totalidad de los miembros existentes o incorporados a las cámaras.

Solamente son miembros de un organismo aquellas personas que fueron incorporadas al mismo. De manera que, cuando el art. 30

---

(143) El artículo 5° se refería al lugar donde debía reunirse la Convención Reformadora. Se pronunciaron por Santa Fe 12 legisladores y 6 por Buenos Aires. Cabe destacar que como esa cláusula no tiene relación alguna con el contenido de la Constitución que prevé su artículo 30, la mayoría especial por él establecida no es exigible en ese supuesto.

menciona a los miembros de las cámaras, solamente se está refiriendo a quienes fueron incorporados a ellas y no a las bancas vacantes. El cómputo de los dos tercios se debe efectuar sobre los legisladores existentes, aunque no asistan a la sesión de la cámara, y no sobre la totalidad de bancas.

Sin embargo, la rigurosa aplicación de este criterio puede desembocar en situaciones absurdas, aunque muy poco probables. Tal sería el caso si, de las 100 bancas de una cámara, solamente están cubiertas 67. Para la declaración de la necesidad de la reforma serían suficientes 45 votos. Una minoría equivalente al 45% de las bancas podría ejercer la función preconstituyente.

Consideramos que, semejante hipótesis es inaceptable porque, al margen de las razones políticas que puedan determinar una composición tan precaria de las cámaras, el órgano carecería de la representatividad razonablemente necesaria para dotar de legitimidad a sus actos.

Pero esta conclusión varía si llegáramos a aceptar que, cuando la Constitución impone mayorías especiales sobre la totalidad de los miembros de las cámaras, éstos no podrán representar una cantidad inferior a la mayoría requerida para conformar el quórum, que se determina sobre la totalidad de bancas.

De todos modos, se trata de una hipótesis improbable considerando que, la legislación electoral, permite la designación de legisladores suplentes. Y, aunque así no fuera, una vacancia significativa de las bancas estaría revelando una situación patológica propia de un proceso de desconstitucionalización o el germen de un proceso autocrático.

#### **84. ALCANCES DE LA DECLARACIÓN DE NECESIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL**

El art. 30 de la Ley Fundamental establece que la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, y que la declaración de necesidad de la reforma debe ser efectuada por el Congreso.

Al ejercer la función preconstituyente, el Congreso se limita a declarar la necesidad de la reforma indicando las partes o artículos de la Constitución que, a su criterio, tendrían que ser modificados para satisfacer las necesidades que motivan su actitud. Toda valoración sobre la necesidad, oportunidad y conveniencia de la reforma

es efectuada por el Congreso al ejercer la función preconstituyente, sin perjuicio del examen que sobre el particular realice la Convención Reformadora.

La declaración del Congreso debe ser fundada, precisando las razones que lo impulsan a sugerir la reforma constitucional y los obstáculos que representan las normas constitucionales vigentes para satisfacer los requerimientos de la sociedad. Se trata de un requisito de índole política republicana cuyo incumplimiento no acarrea la invalidez jurídica de la declaración.

En cambio, y bajo pena de invalidez, ya sea en forma puntual o indirecta, la declaración que emita el Congreso debe precisar los puntos de la Constitución que deberían ser modificados por la Convención Constituyente. Esta última puede aceptarlos o rechazarlos, pero no puede apartarse del temario establecido por el Congreso. Incluso, aunque se declare la necesidad de una reforma total de la Constitución, el Congreso tendría que detallar cuáles son las materias sobre las cuales deberá recaer el ejercicio del poder constituyente derivado porque, caso contrario, estaría derivando el ejercicio de la función preconstituyente en la Convención que sólo puede ejercer la función constituyente. De no ser así, la convención quedaría implícitamente habilitada para el ejercicio del poder constituyente originario forjando una nueva organización política global.

La Convención Constituyente puede examinar la necesidad declarada por el Congreso y rechazarla, absteniéndose de reformar la Constitución, pero si la acepta no podrá extenderla a otros puntos de la Constitución que no fueron previstos por el Congreso. La declaración de necesidad expresada por el Congreso es vinculante para la Convención Constituyente, en el sentido de que no puede apartarse de ella entrando a considerar la reforma de partes de la Constitución sobre las cuales no se haya pronunciado el Congreso.

Al declarar la necesidad de la reforma, el Congreso puede indicar cuál tendría que ser el contenido de los artículos a modificar, pero esa sugerencia no es obligatoria para la Convención Reformadora.

La declaración de necesidad de la reforma es una potestad exclusiva del Congreso que, en principio, no puede ser alterada por el Poder Ejecutivo. Decimos en principio, porque el Poder Ejecutivo puede vetar, total o parcialmente, la ley dictada por el Congreso. En tal caso, es de aplicación el art. 83 de la Constitución aunque, con la particularidad, que la insistencia del Congreso deberá concretarse mediante el voto de las dos terceras partes de la totalidad de miembros en ejercicio de cada una de sus cámaras.

¿Puede el Poder Ejecutivo vetar parcialmente la ley que declara la necesidad de la reforma y promulgar el resto de su articulado? Si bien, y bajo determinadas circunstancias, el art. 80 de la Ley Fundamental autoriza este procedimiento, lo consideramos inviable en materia de reforma constitucional. Es que, en principio, cabe considerar inescindible el articulado de la Ley Fundamental cuya reforma se propicia, y el único órgano competente para apartarse de ese criterio es la Convención modificando algunas de las normas enunciadas y rechazando la reforma propuesta de otras.

La ley declarando la necesidad de la reforma constitucional puede no limitarse a indicar cuáles son los contenidos de la Constitución cuya modificación se propone. También puede establecer el plazo para el funcionamiento de la Convención. Su vencimiento opera la caducidad automática de la Convención, y solamente tendrán validez las reformas efectuadas hasta ese momento y conforme al procedimiento que ella se fije a tal efecto. Así, si el reglamento de la Convención condiciona la aprobación de las reformas al juramento que deben prestar los convencionales, el vencimiento de aquel plazo determinará que no se tengan por aprobadas las modificaciones efectuadas si no se prestó el juramento exigido.

A falta de una ley general, cuando el Congreso declara la necesidad de la reforma deberá determinar el número de los convencionales, su forma de elección y los requisitos que deben cumplir los convencionales electos. Son cuestiones que no tienen una previsión explícita en la Ley Fundamental y que tendrán que ser reguladas por el Congreso conforme a una interpretación sistemática de la Constitución. Pero, reiteramos, que no existen reparos para que esos aspectos sean regulados por una ley general, independiente de la que declare la necesidad de la reforma, y que sea aplicable en lo sucesivo.

Una vez declarada la necesidad de la reforma y habiendo entrado en vigencia el acto que convoca a la Convención Constituyente, concluye el ejercicio de la función preconstituyente, sin que el Congreso pueda anular su declaración. Sin embargo, y hasta tanto se convoque a la elección de los integrantes de la Convención Constituyente, entendemos que el Congreso puede ampliar el contenido de la declaración de necesidad de reforma constitucional mediante una ley complementaria.

La declaración de necesidad y consecuente reforma de la Constitución puede abarcar todo su texto o alguna de sus partes. Sin embargo, para los autores que participan del enfoque jusnaturalista, la reforma no puede alterar los contenidos pétreos de la Constitu-

ción (144), porque en tal supuesto no se estaría en presencia de una reforma sino de la sustitución del sistema político constitucional que presupone el ejercicio del poder constituyente originario. En cambio, la hipótesis que prevé el art. 30 de la Ley Fundamental se refiere al ejercicio del poder constituyente derivado con todas las limitaciones que el mismo representa.

Quienes no participan de este enfoque entienden que la reforma constitucional puede abarcar cualquiera de los temas regulados por la Ley Fundamental aunque, con ello, se altere su finalidad personalista.

### 85. CUESTIONES PLANTEADAS EN LA REFORMA DE 1994

El art. 5º de la ley N° 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional concretada en 1994, establecía que los temas incluidos en su art. 2º, que comprendía un título de "Núcleo de Coincidencias Básicas", debían ser votados por la Convención Reformadora en forma conjunta. Agregaba que la votación afirmativa importaba la incorporación de todas las reformas propuestas y que, la votación negativa, conducía al rechazo en su conjunto de las propuestas con la consecuente subsistencia de los textos constitucionales vigentes.

Nada decía la citada norma sobre cuál debía ser la redacción definitiva que tendría que atribuir la Convención Reformadora a los temas indicados en el art. 2º. En ningún momento establecía que la Convención debía aceptar las sugerencias formuladas por el Congreso con respecto a la redacción del nuevo articulado, sino que la totalidad de los temas enunciados en el art. 2º debían ser objeto de reforma ya que, en su defecto, debían subsistir las cláusulas constitucionales vigentes.

Conforme al art. 30 de la Constitución Nacional, el Congreso ejerce la función preconstituyente declarando la necesidad de la reforma de la Ley Fundamental y, consecuentemente, detallando las cláusulas que la integran que, a su criterio, es necesario modificar.

Asimismo, la declaración de necesidad expresada por el Congreso es vinculante para la Convención Reformadora, pero solamente en el sentido de que no puede apartarse de ella entrando a considerar la reforma de partes de la Constitución sobre las cuales no se pronunció el Congreso.

---

(144) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 111, ob. cit.

El poder constituyente derivado que ejerce la Convención Reformadora no es un poder soberano ni ilimitado. Su funcionamiento está sujeto a las disposiciones de la Constitución y a los contenidos del acto declarativo de la necesidad de la reforma. En efecto, al ejercer el poder constituyente derivado, la Convención sólo puede analizar los puntos de la Ley Fundamental cuya reforma fue declarada necesaria por el Congreso porque, caso contrario, se estará arrogando al ejercicio de la función preconstituyente conferida al Congreso o, en todo caso, una potestad propia del poder constituyente originario de la cual está desprovista.

No le corresponde a la Convención Reformadora declarar la necesidad de la reforma ni establecer el temario de las reformas a considerar, sino expedirse sobre el pronunciamiento del Congreso aceptando o desestimando ese acto. De todas maneras, en caso de aceptar la necesidad de la reforma, la Convención deberá decidir cuál será el nuevo contenido de las cláusulas constitucionales enunciadas por el Congreso en la ley declarativa de la necesidad de reforma.

En síntesis, la Convención Reformadora si bien no es "soberana" porque no puede apartarse del temario establecido por el Congreso, es totalmente libre para:

1. - Aceptar o rechazar, todos o cada uno de los temas incluidos en la declaración de necesidad de la reforma del Congreso.
2. - En caso de aceptación, determinar los contenidos de las nuevas cláusulas constitucionales siempre que, en forma directa o indirecta, ello no importe introducir modificaciones en las cláusulas de la Constitución sobre cuya reforma no se pronunció el Congreso.

La cláusula del art. 5º de la Ley N° 24.309 que imponía a la Convención Reformadora el deber de votar en forma conjunta la reforma del articulado incluido en el "Núcleo de Coincidencias Básicas", con la finalidad, sentido y alcance que preveía su art. 2º, carecía de validez constitucional ya que importaba establecer una limitación al ejercicio del poder constituyente derivado de la Convención Reformadora.

Ella no invalidaba a la ley porque, en materia constitucional, la interpretación de las normas de jerarquía inferior debe ser efectuada de manera tal que permita su vigencia mediante la adecuación a la Ley Fundamental. Todos los actos emanados de los órganos gubernamentales se presumen constitucionales, y si se prueba fehacientemente lo contrario, sólo cabe descalificar a las cláusulas legales que se oponen a la Constitución, pero no a las restantes.

La llamada "cláusula cerrojo" del art. 5º era inconstitucional porque el Congreso se atribuyó una función constituyente que compete exclusivamente a la Convención. Pero la descalificación normativa de esa cláusula no se extendía sobre el resto de las disposiciones de la ley Nº 24.309 que eran consecuencia del ejercicio de la función preconstituyente del Congreso.

Si bien la "cláusula cerrojo" del art. 5º de la ley Nº 24.309 era inconstitucional, en la medida que el Congreso cercenaba atribuciones que eran propias de la Convención Reformadora, tal situación se revertía si, una vez constituida la Convención, ella resolvía convalidar a la norma legal mediante su incorporación al Reglamento interno de la Convención, tal como aconteció en 1994.

Ese fue el criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver, el 1º de julio de 1994, el caso "*Romero Feris, Antonio c. Estado Nacional s/ Amparo*"(145).

En dicha oportunidad, la Corte sostuvo la validez del art. 5º de la ley Nº 24.309 por cuanto, en el art. 127 del Reglamento de la Convención Reformadora, fue incluida la modalidad de votación contemplada en aquella disposición legal. Consecuentemente, la cuestión se había tornado abstracta porque el único órgano competente para regular su funcionamiento —que es la Convención y no el Congreso— había compartido y hecho propia la voluntad del Congreso.

Distinta habría sido la situación si, al momento de pronunciarse la Corte, la Convención no hubiera expresamente aceptado el criterio sugerido por el Congreso. En ese momento, entendemos que el art. 5º estaba viciado de inconstitucionalidad. Pero una vez aceptado por la Convención, la cuestión se tornaba abstracta e inoficiosa. En efecto, aunque el Alto Tribunal hubiera declarado la inconstitucionalidad del art. 5º, su fallo carecería de relevancia jurídica porque, la llamada "cláusula cerrojo" no provenía en ese momento de una norma legal sino de un acto de la propia Convención.

Al voto de la mayoría se añadió un argumento expuesto por los ministros Moliné O'Connor y López. Si la Convención, por la mayoría de sus miembros, había decidido en el Reglamento interno establecer un mecanismo particular a los fines de la votación de ciertos temas sujetos a la reforma, y si tal decisión fue adoptada en el curso de un procedimiento político normal, ningún miembro de la Con-

---

(145) Fallos CS 317:711; LA LEY, 1994-E, 16; DJ, 1994-2-1105; El Derecho 158-546, con un comentario de GERMÁN BIDART CAMPOS (*Un fallo de la Corte sobre el Reglamento Interno de la Convención Constituyente*).

vención puede recabar el auxilio de los jueces para imponer su punto de vista individual que fue rechazado por la mayoría de sus pares.

Otra cuestión vinculada con el procedimiento de sanción de la ley N° 24.309, y que también fue objeto de debate judicial, residió en el contenido diferente que tuvo en las cámaras del Congreso. Mientras que la Cámara de Diputados sostuvo que había que reducir el mandato de los senadores y establecerlo en 4 años, la Cámara de Senadores se pronunció también por esa reducción aunque sin precisar el lapso del mandato.

Dejando de lado la polémica doctrinaria sobre si el acto por el cual el Congreso dispone la necesidad de la reforma constitucional es una "declaración" o una "ley", lo cierto es que el Congreso se debe limitar a enunciar los artículos o cláusulas de la Constitución que considera necesario reformar. Las sugerencias que formule sobre cuál debería ser la redacción o el sentido de las cláusulas a reformar no son obligatorias para la Convención.

Precisamente, las discrepancias que se produjeron entre las Cámaras de Senadores y Diputados versaron sobre el contenido que correspondía asignarle al entonces art. 48 y, actualmente, art. 56 de la Constitución. Pero no hubo discrepancias sobre la necesidad de reformar esa norma. De modo que, habiendo coincidido ambas Cámaras sobre la necesidad de reformar ese artículo, por el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, la "ley" o "declaración" quedaba concluida porque las discrepancias sobre el contenido que había que asignar a la cláusula constitucional carecían de toda relevancia jurídica, ya que la decisión final incumbía exclusivamente a la Convención.

El Congreso declara la necesidad de la reforma y puede sugerir un nuevo texto. Pero esa sugerencia no es vinculante para la Convención que puede rechazarla, aceptarla o incorporar una versión diferente a la propuesta. Lo que sí es vinculante para la Convención es el temario de la reforma, del cual no se puede apartar.

El hecho de que la Cámara de Diputados no hubiera requerido la remisión del proyecto, el hecho de que la aprobación del Senado fuera remitida al Poder Ejecutivo y la circunstancia de haber sido promulgado por este último, explicita que la interpretación que desarrollamos fue compartida por dichos órganos políticos. Ello significa, además, que el Congreso aceptó implícitamente que la Convención podía apartarse de todas las sugerencias expuestas en la ley N° 24.309, sobre cuáles tenían que ser los nuevos contenidos de las normas constitucionales cuya necesidad de reforma fue declarada por el Congreso.



La cuestión que describimos se planteó en el caso "*Polino, Héctor y otro c. Poder Ejecutivo*" (146) que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia el 7 de abril de 1994. Sin embargo, la fundamentación acordada en el voto de la mayoría se limitó a destacar la falta de legitimación procesal activa de los litigantes, quienes habían invocado sus condiciones de ciudadanos y diputados de la Nación. Por su parte, en los votos de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor, se añadió a la precitada fundamentación la circunstancia de que se trataba de una cuestión política extraña a la jurisdicción de los tribunales de justicia, aunque, en el considerando 11 del último de los citados se desarrolla superficialmente un argumento que compartimos: "*...las diferencias que señala el recurrente como fundamento de su agravio —la reforma del período durante el cual los senadores ejercen su mandato—, no traducen una contradicción que resulte insuperable mediante la actuación de la convención constituyente, pues es factible la inclusión en el texto constitucional de las modalidades propuestas por ambas cámaras*".

En los votos en disidencia formulados por los jueces Fayt y Boggiano, se admitió la legitimación procesal activa de los litigantes, se aceptó que la cuestión planteada era justiciable y, en el voto del ministro Boggiano, se declaró la inconstitucionalidad del art. 2º de la ley Nº 24.309 en cuanto incluía en el temario de reforma constitucional al entonces art. 48 de la Ley Fundamental referente a la duración del mandato de los senadores. Solución que no compartimos, porque las sugerencias sobre la reforma, en sus contenidos, que formule el Congreso no son vinculantes para la Convención ni invalidan la ley declarativa de la necesidad de reformar la Constitución.

## 86. CONVENCION CONSTITUYENTE

El art. 30 de la Constitución Nacional distingue la función preconstituyente de la función constituyente, al establecer que la reforma de la Ley Fundamental solamente será efectuada por una Convención convocada al efecto por el Congreso.

Conforme a los lineamientos de una Constitución rígida, se le asigna a un organismo especial, diferente de aquellos que tienen a

---

(146) Fallos CS 317:335. LA LEY, 1994-C, 294, con un comentario de MARÍA ANGÉLICA GELLI (*Reforma constitucional, control judicial y proceso democrático*). El Derecho 157-441, con comentarios de GERMÁN BIDART CAMPOS (*La ley 24.309, declarativa de la necesidad de reforma constitucional, ante la Corte Suprema*) y RODOLFO C. BARRA (*Caso Polino: La Corte ratifica su papel constitucional*).

su cargo el ejercicio de los poderes constituidos, la función constituyente.

Pero la Convención Constituyente (147), al ejercer el poder constituyente derivado, no es "soberana" ni ilimitada. Su funcionamiento está sujeto a las disposiciones de la Constitución y a los contenidos del acto declarativo de la necesidad de la reforma.

Al ejercer el poder constituyente derivado, su actuación debe ajustarse a las normas establecidas en la Constitución. En tal sentido, la Convención sólo puede analizar los puntos de la Ley Fundamental cuya reforma fue declarada necesaria por el Congreso, porque caso contrario se estaría arrogando el ejercicio de la función preconstituyente conferida al Congreso, o la potestad propia del poder constituyente originario que importaría la abrogación del sistema constitucional sobre cuya base fue dispuesta la convocatoria.

No le corresponde a la Convención declarar la necesidad de la reforma ni establecer el temario de las reformas a considerar, sino expedirse sobre el pronunciamiento del Congreso aceptando o desestimando ese acto. Asimismo, y en caso de aceptar la necesidad de la reforma, deberá decidir cuál será el nuevo contenido del punto de la Constitución que se modifica.

El acto declarativo de la reforma puede precisar el lapso durante el cual funcionará la Convención Constituyente. Así lo hizo el art. 12 de la ley N° 24.309 al indicar que la Convención debía funcionar en las ciudades de Santa Fe y Paraná, y terminar su labor en el plazo de 90 días de su instalación sin que el mismo pudiera ser prorrogado.

Vencido el plazo, se opera la disolución de la Convención, sin que ella ni el Congreso puedan disponer su prórroga. Así como el Congreso no puede dejar sin efecto el acto declarativo de la necesidad de la reforma una vez elegidos los miembros de la Convención, tampoco podría alterar su contenido modificando el plazo previsto originariamente para el funcionamiento de la Convención porque el acto declarativo de la reforma es único y no puede ser desdoblado en sus contenidos.

---

(147) JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN (*Naturaleza, poderes y funcionamiento de las convenciones constitucionales*, p. 111, Buenos Aires 1921) y SEGUNDO V. LINARES QUINTANA (*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, p. 288, ob. cit.) denominan "Convención Constituyente" al órgano que ejerce el poder constituyente originario, y "Convención Reformadora" al que ejerce el poder constituyente derivado. La Convención mencionada en el artículo 30 de la Constitución sería una Convención Reformadora y no Constituyente.

Por otra parte, el Congreso no está autorizado para establecer condiciones que subordinen a su voluntad el funcionamiento de la Convención Constituyente, o que cercenen sus poderes implícitos y necesarios para el ejercicio del poder constituyente derivado. El reglamento interno, las facultades financieras razonables, la extensión a los convencionales de las prerrogativas que la Constitución les acuerda a los legisladores, la designación de empleados y toda otra potestad razonablemente necesaria para el cumplimiento de su cometido, son atributos que no le pueden ser desconocidos a la Convención Constituyente.

La Constitución no ha previsto en forma expresa cómo estará integrada la Convención Constituyente. Se limita a indicar que ella será convocada por el Congreso, lo cual significa que se trata de un órgano diferente al que tiene a su cargo la función legislativa.

Tal redacción conduce a algunos autores (148) a sostener que el Congreso puede convocar al cuerpo electoral para que designe a los convencionales, o establecer directamente quiénes serán los integrantes de la Convención, o autoconvocarse como Convención Reformadora.

No compartimos esta última interpretación porque permitiría, en la práctica, desnaturalizar la separación entre el órgano legislativo y el órgano constituyente. Además, no sería razonable ni democrático privar al pueblo de su potestad electoral en una materia de tan relevante importancia, ni atribuir al Congreso una función electiva que no le ha sido conferida por la Constitución. Al margen de no encuadrar esa solución en una interpretación teleológica y sistemática de la Ley Fundamental, tampoco lo hace en una interpretación semántica, ya que convocar no es sinónimo de elegir.

En esta materia, la práctica constitucional coincide con los resultados que se obtienen de una interpretación finalista y sistemática de la Ley Fundamental, por cuanto los miembros de todas las convenciones constituyentes convocadas para reformar el texto constitucional de 1853/60 fueron elegidos en comicios populares. A tal efecto, y a falta de previsión en el acto de la convocatoria, el número de los convencionales debe ser igual al de los miembros de la Cámara de Diputados y su elección deberá efectuarse con el sistema electoral vigente para la designación de estos últimos.

El art. 9° de la ley N° 24.309 estableció que, en cada provincia y la Capital Federal, se debía elegir un número de convencionales consti-

---

(148) GERMAN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 113, ob. cit.

tuyentes igual al de legisladores que envían al Congreso nacional. En cuanto al sistema electoral, su art. 10 estableció el implantado por la ley para la elección de diputados nacionales.

Este procedimiento electoral, que prevé la participación directa de los ciudadanos para la elección de los convencionales constituyentes, es el que mejor se adecua a una interpretación sistemática de la Constitución. En efecto, en el Preámbulo de la Ley Fundamental los constituyentes invocaron su condición de representantes del pueblo de la Nación Argentina para dictar la Constitución. Asimismo, la Constitución establece que los diputados son elegidos en forma directa y que representan al pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires y de la Capital, que a tal fin son considerados como distritos electorales de un solo Estado (art. 45).

De modo que la representación del pueblo, salvo previsión expresa en contrario de la Constitución, se materializa en forma directa mediante un acto electoral que exteriorice la voluntad de los ciudadanos. Esta solución, que es la que mejor se compadece con el ejercicio del poder constituyente en un sistema político democrático constitucional, es la sustentada por un amplio sector de la doctrina constitucional (149).

Mediante la interpretación sistemática, y a fin de asegurar la eficacia e independencia de la Convención Constituyente, también arribamos a la conclusión de que les son aplicables a los convencionales las disposiciones constitucionales que en la materia rigen para los diputados nacionales. Los requisitos para la elegibilidad (art. 48), la Convención es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez (art. 64), las facultades disciplinarias (art. 66), el requisito del juramento (art. 67), las prerrogativas referentes a la inviolabilidad e inmunidad de los convencionales (arts. 68 y 69), el desafuero (art. 70), el derecho a recibir explicaciones e informes de los ministros del Poder Ejecutivo (art. 71).

Una vez agotado el temario de la Convención o vencido el plazo para su funcionamiento, ella se disuelve automáticamente.

En cuanto a la entrada en vigencia de una reforma constitucional. Consideramos, a falta de previsión, que ella se opera en el momento de su aprobación, siendo sus disposiciones obligatorias a partir del momento en que se cumple con el requisito de la publicación de los

---

(149) Así lo destacan expresamente JOSÉ MANUEL ESTRADA (*Curso de Derecho Constitucional*, t. II, p. 29, ob. cit.) y SEGUNDO V. LINARES QUINTANA (*Tratado de la Ciencia del Derecho constitucional*, t. III, p. 296, ob. cit.).

actos del Estado (150), ineludible en un sistema republicano. No habría reparos constitucionales si los convencionales fijan un plazo para la entrada en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial.

### 87. REQUISITOS PARA SER CONVENCIONAL

Consideramos aplicables a los convencionales constituyentes las incompatibilidades funcionales previstas en la Constitución. La independencia que deben tener los convencionales frente a los órganos ordinarios del gobierno no permite la incorporación a la Convención de aquellas personas que en ese momento integran los órganos legislativo, ejecutivo y judicial de la Nación, salvo que renuncien a estos cargos. La incompatibilidad es extensible a quienes ejercen similares cargos en las provincias y a quienes, como legisladores, participaron en la votación que dispuso la necesidad de la reforma.

Sin embargo, hemos presenciado que, en la Convención Reformadora de 1994, no se dio cumplimiento a tan elemental principio republicano. Muchos convencionales ejercieron, simultáneamente, cargos de legisladores nacionales y provinciales, de gobernadores y de ministros tanto en el orden nacional como en el provincial. Se desconoció, de tal manera, una de las herramientas esenciales de la democracia constitucional que es la doctrina de la división de los poderes.

Esa doctrina, expuesta por Locke y Montesquieu, y complementada con la teoría del control cuya sistematización realizó Karl Loewenstein considerado, justamente, como uno de los constitucionalistas más relevantes del siglo actual, rechaza toda hipótesis de concentración del poder mediante la asunción por los componentes de un órgano del gobierno de funciones que corresponden a los integrantes de otro órgano.

Semejante independencia funcional no se limita a los órganos ordinarios del poder —legislativo, ejecutivo y judicial— sino también a los extraordinarios como la Convención Reformadora que ejerce el poder constituyente derivado para decidir si corresponde modificar la Constitución.

El art. 30 de la Ley Fundamental indica que el único órgano competente para decidir sobre la reforma de su texto es una convención

---

(150) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, p. 297, ob. cit.

que debe ser convocada por el Congreso. Nada dice explícitamente sobre quiénes serán sus integrantes y las condiciones que deben reunir. Sin embargo, a poco que se profundice una lectura superficial mediante la interpretación se advertirá que la respuesta fluye claramente.

Los convencionales son representantes extraordinarios elegidos por el pueblo, porque así lo prescribe el Preámbulo de la Constitución y porque ese pueblo es el titular último del poder estatal que sólo ejerce a través de los representantes por él elegidos (arts. 1° y 22 de la C.N.).

Si los convencionales representan al pueblo en el ejercicio de una función extraordinaria, sus cualidades deben ser iguales a las que prevé el art. 45 de la Constitución para los diputados nacionales que también, aunque para el ejercicio de otra función, son representantes del pueblo, a diferencia de los senadores que representan a las provincias (art. 54 C.N.).

De modo que la ley 24.309, que convocó a la Convención Reformadora, estableció correctamente que para ser convencional se requieren iguales requisitos que para ser elegido diputado nacional: 25 años de edad; 4 años de ciudadanía en ejercicio; ser natural de la provincia donde sea elegido o con 2 años de residencia inmediata en ella. Tales cualidades se deben cumplir, no en el momento de la elección, sino en el de la designación que se opera cuando, la propia Convención, aprueba los diplomas de los candidatos elegidos (art. 64 C.N.).

Sin embargo, aunque el convencional cumpla aquellos requisitos, no podrá ejercer el cargo si está sujeto a alguna incompatibilidad constitucional establecida para garantizar la independencia entre los órganos del poder y la idoneidad de sus integrantes.

Si los órganos ordinarios deben ser independientes entre sí, con mayor razón debe ser independiente un órgano extraordinario como la Convención para evitar la concentración del poder y que, la función constituyente sea ejercida elípticamente por los integrantes de los restantes órganos. Por tal razón, aunque la ley 24.309 sólo contemplaba la incompatibilidad para quienes ejercían funciones judiciales, a ellas se añaden otras resultantes de una elemental interpretación sistemática de la Constitución.

La Convención es un órgano de poder independiente de los órganos ordinarios, de modo que una persona no puede ocupar simultáneamente cargos en dos órganos diferentes sin renunciar a uno de ellos. Tal es la doctrina que ya en 1887 expuso John Alexander

Jameson en una obra clásica sobre las convenciones constitucionales en los Estados Unidos.

La vigencia de la doctrina de la división de los poderes, hasta que no sea alterada por una eventual reforma, conduce a sostener, por aplicación armónica de los arts. 29, 34, 66, 72, 73, 105, 109 y 128, que el cargo de convencional es incompatible para quienes:

- 1) Ejercen funciones judiciales de la Nación o las Provincias.
- 2) Ejercen la presidencia, vicepresidencia, funciones de ministros o integran el Poder Ejecutivo Nacional.
- 3) Ejercen el cargo de gobernador o legislador provincial.
- 4) Ejercen el cargo de legislador nacional.
- 5) Revisten la condición de eclesiásticos regulares o que, a criterio de la Convención, estén alcanzados por alguna inhabilidad legal, física o ética.
- 6) Ejercen la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los miembros del Consejo de la Magistratura.

No se trata de incompatibilidades absolutas porque, las personas alcanzadas por ellas pueden renunciar a los cargos que ejercen en los órganos ordinarios o superar la incompatibilidad antes de ser incorporados a la Convención.

Sin embargo, entendemos que se añaden a ellas, y de manera absoluta, la incompatibilidad para todos aquellos que fueron legisladores al tiempo de ser declarada por el Congreso la necesidad de la reforma. Caso contrario, las mismas personas que se expidieron sobre esa necesidad quedarían habilitadas para pronunciarse sobre el contenido de la reforma, desvirtuando la razón constitucional que impone la convocatoria de un órgano extraordinario y diferente para resolver esta última cuestión.

La proyección de las incompatibilidades constitucionales a los convencionales, es la solución que mejor se compadece en una democracia constitucional para preservar la división de los poderes, oponiendo una barrera a la tendencia hacia la estratificación social de la dirigencia política puesta de manifiesto, en el curso de las últimas décadas, mediante el ejercicio de las más diversas funciones gubernamentales, y durante lapsos breves, por el mismo elenco de personas. Pero, en una República, todo cargo público configura una pesada carga y un alto grado de responsabilidad para quien lo asume que, razonablemente, debe colmar su vocación de servicio a la comunidad por mas insignificante que sea la función asignada.

## 88. CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En el sistema de la Constitución Nacional, el principio de la supremacía constitucional se materializa a través del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Corresponde a los jueces verificar si una ley se adecua a las disposiciones de la Constitución y, en caso de que ello no acontezca, deben abstenerse de darle aplicación.

Se plantea un interrogante acerca de si ese control de constitucionalidad puede ser extendido al acto declarativo de la necesidad de reforma constitucional y a la propia reforma que realice la Convención Constituyente.

El control de constitucionalidad no es aceptable frente al ejercicio del poder constituyente originario, que por su propia naturaleza es ilimitado. Solamente es viable en el marco del enfoque jusnaturalista, por cuanto el poder constituyente originario carece de limitaciones provenientes de un derecho positivo anterior. El poder constituyente ordinario presupone la inexistencia de un ordenamiento jurídico positivo anterior y por ende limitaciones a su ejercicio.

Distinta es la situación respecto del poder constituyente derivado que se ejerce para reformar una Constitución. En este caso, y aunque no se admita el enfoque jusnaturalista, el poder constituyente está limitado por el derecho constitucional positivo vigente que determina las condiciones y contenidos de una reforma constitucional.

Para afirmar el control judicial de constitucionalidad de una reforma constitucional, se sostiene que, estando circunscripto a límites el ejercicio del poder constituyente derivado, no es concebible que por su intermedio ellos sean desconocidos, destruyendo las bases fundamentales de una Constitución. En tales casos cabe la intervención del organismo judicial encargado de efectivizar el control mediante la declaración de inconstitucionalidad de la reforma.

Para negar ese control judicial, se sostiene que la reforma es un acto esencialmente político, insusceptible de revisión judicial. Caso contrario, la validez de toda reforma estaría condicionada a su aprobación por los jueces, que sustituirían a los órganos políticos en el análisis y ponderación de materias extrañas a las funciones constitucionales de los jueces.

Consideramos que ambas posiciones, llevadas a sus extremos, conducen a soluciones erróneas. La primera por politizar al organismo judicial. La segunda porque le asigna carácter abstracto al principio de la supremacía constitucional, impidiendo su efectiva concre-



ción en aquellos casos en que la reforma se efectiviza al margen de lo dispuesto por la Ley Fundamental.

Para resolver si cabe declarar inconstitucional a una reforma de la Constitución, es necesario distinguir dos situaciones. La primera se relaciona con el control de constitucionalidad sobre el acto preconstituyente del Congreso que declara la necesidad de la reforma constitucional. La segunda se vincula con el control de constitucionalidad que puede recaer sobre el acto constituyente que hace efectiva una reforma constitucional.

El acto del Congreso declarando la necesidad de la reforma constitucional es susceptible de control judicial en orden al cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos por la Constitución para su dictado. Tales procedimientos, previstos en el art. 30 de la Ley Fundamental, condicionan la validez jurídica del acto emitido por el Congreso. La actuación separada de las cámaras del Congreso, el quórum y las mayorías necesarias, la determinación de los artículos o partes de la Constitución cuya reforma se propicia y la convocatoria de una Convención Constituyente, son aspectos formales que deben ser cumplidos estrictamente por el Congreso y que son susceptibles de control judicial. Así lo entendió la Corte Suprema al resolver los casos "*Polino*" y "*Romero Feris*" (151).

Igual temperamento fue adoptado en el caso "*Zavalla*" (152) respecto al ejercicio de la función preconstituyente por un interventor federal. En el caso, se había planteado la inconstitucionalidad de la ley dictada por el interventor en la provincia de Santiago del Estero, declarando la necesidad de la reforma constitucional, porque se lesionaba la autonomía provincial. Además, cuando en el Congreso fue debatida la ley disponiendo la intervención y se determinaron las potestades del interventor, no se incluyó la de ejercer la función preconstituyente propia de la legislatura provincial la cual, explícitamente, fue rechazada por algunos senadores. Sobre la base de tales antecedentes, la Corte Suprema de Justicia admitió la medida cautelar requerida por el accionante ordenando la suspensión del llamado a elecciones para convencionales constituyentes, hasta tanto se resolviera la cuestión de fondo. Cuestión que no fue resuelta al desistir la intervención de proseguir con su proyecto de reforma.

Pero lo que no pueden controlar ni revisar los tribunales es el juicio de valor político que formula el Congreso acerca de la necesi-

---

(151) Fallos CS 317:335 y 711.

(152) Sentencia del 21 de septiembre de 2004 dictada en autos "*Zavalla, José Luis c. Santiago del Estero, Provincia de y Estado Nacional s/ Amparo*" (Fallos CS 327:3852; LA LEY, 2005-A, 31).

dad de la reforma. La oportunidad, conveniencia y necesidad de la reforma se integran con apreciaciones expuestas por el Congreso en un ámbito discrecional y político.

Tampoco son controlables las sugerencias que eventualmente manifieste el Congreso sobre los contenidos de la reforma, tal como lo hizo la ley 24.309, por no ser vinculantes para la Convención Constituyente.

Asimismo, el contenido sustancial del acto declarando la necesidad de la reforma, no es susceptible de control judicial, por cuanto la Convención Constituyente puede respetar el texto o espíritu de esa cláusula. Lo que podrá ser inconstitucional en tal caso es la reforma, mas no la declaración de necesidad de esa reforma.

Con respecto al acto constituyente de la Convención estableciendo la reforma, entendemos que los órganos judiciales pueden descalificarlo constitucionalmente si no se cumplen los aspectos formales establecidos a tal efecto.

En cambio, los aspectos sustanciales de la reforma sólo serían revisables judicialmente si modifican las cláusulas pétreas establecidas expresamente con motivo del ejercicio del poder constituyente originario, o si la Convención se aparta del temario establecido por el Congreso modificando cláusulas de la Constitución cuya reforma no fue declarada necesaria.

La posibilidad de ser declarada judicialmente inconstitucional una reforma de la Ley Fundamental por el incumplimiento de las formas previstas para el funcionamiento del poder constituyente derivado, es aceptada por la doctrina (153). Otro tanto acontece con las reformas que se pretenden introducir en las cláusulas pétreas expresas de una Constitución. En cambio, es opinable si pueden ser declaradas inconstitucionales aquellas reformas que alteran los contenidos pétreos tácitos de la Constitución, destruyendo sus bases fundamentales.

La Constitución contiene ciertos principios fundamentales sobre los cuales se organiza jurídica y políticamente la sociedad, tales como la forma republicana y representativa de gobierno, la forma federal del Estado, el reconocimiento de los derechos naturales del hombre, la división de los poderes constituidos, el reconocimiento

---

(153) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. III, p. 446, ob. cit.; JULIO CUETO RÚA, *¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?*, LA LEY, 36-1106; GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 111, ob. cit.

del pueblo como titular del poder, y otras bases necesarias y permanentes para preservar la idea política dominante que nutre a la Ley Fundamental. Tales principios, según algunos autores, no pueden ser modificados a través del ejercicio del poder constituyente derivado, y si ello aconteciera el poder judicial estaría habilitado para declarar la inconstitucionalidad de la reforma (154).

En el caso "*Soria de Guerreiro c. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos.*", resuelto el 20 de septiembre de 1963 (155), la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el control de constitucionalidad de una reforma constitucional.

Se había cuestionado la validez del derecho de huelga establecido por el art. 14 nuevo de la Constitución, incorporado por la Convención Reformadora de 1957. El fundamento del reclamo residía en que, al ser sancionado dicho artículo, no se había dado cumplimiento a las normas del reglamento interno de la Convención, que exigían una reunión posterior de la Convención para aprobar el acta y la versión taquigráfica de la sanción.

En el dictamen del Procurador de la Corte, el Dr. Ramón Lascano, se sostuvo que la cuestión era insustancial porque, habiendo la Corte reconocido en numerosas oportunidades la vigencia constitucional del derecho de huelga, no había razón valedera para apartarse de dichos precedentes.

La mayoría del Tribunal entendió que:

- 1) Conforme a los antecedentes de la Corte, el control jurisdiccional no se extiende, en principio, al examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes. Se trata de un principio general, pero no absoluto.
- 2) Como excepción, la cuestión es justiciable si se demuestra la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de una ley.
- 3) Que semejante doctrina es aplicable al procedimiento seguido por una Convención Constituyente.
- 4) En el caso concreto, no se advertía que la sanción de la norma constitucional quedara comprendida en los supuestos de excepción que tornan viable el control de constitucionalidad.

---

(154) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. II, p. 445, ob. cit.; HÉCTOR RODOLFO ORLANDI, *La Constitución Argentina: Inmutabilidad y problemática*, La Prensa, 9 de agosto de 1969; GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 111, ob. cit.

(155) Fallos CS 256:556.

En la disidencia del juez Luis Boffi Boggero se destacó que correspondía dar curso al recurso extraordinario denegado porque, si se niega la validez de un precepto constitucional debido al incumplimiento del procedimiento establecido a tal fin por la Convención, el juzgamiento del caso es una atribución específica del Poder Judicial y no de los restantes órganos políticos del gobierno.

Si bien el recurso fue rechazado por entender la mayoría que la cuestión no era justiciable, ella se encargó de admitir que, bajo determinadas condiciones, era viable el control de constitucionalidad de los actos de una Convención Constituyente.

Tales conclusiones fueron enriquecidas con la doctrina adoptada por la Corte Suprema en el caso "Ríos", resuelto el 2 de diciembre de 1993 (156). En esa oportunidad había sido planteada la inconstitucionalidad parcial de la reforma introducida a la Constitución de la Provincia de Corrientes, porque se entendía que la Convención local se había apartado del temario establecido por la ley declarativa de la necesidad de la reforma. El Superior Tribunal provincial consideró que la Convención había obrado dentro del marco establecido por la ley.

Planteada la cuestión ante la Corte Suprema, ésta destacó que *"es menester poner de relieve que, de ningún modo, los poderes conferidos a la Convención Constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquéllos se halla circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia. En sentido coincidente, vale destacar que las facultades atribuidas a las convenciones constituyentes están condicionadas al examen y crítica de los puntos sometidos a su resolución, dentro de los principios cardinales sobre que descansa la constitución (Manuel Gorostiaga, "Facultades de las Convenciones Constitucionales", Estab. Cromo-Lito-Tipográfico J. Ferrazini y Cía., Rosario, 1898, ps. 52 y 53)"*.

Tras esta consideración, en la cual implícitamente la Corte admitió el control de constitucionalidad de las actuaciones de una Convención Constituyente, procedió a rechazar el recurso interpuesto por entender que, en el caso concreto, se trataba de una cuestión de derecho local que había sido resuelta sin arbitrariedad a tenor de los fundamentos expuestos por el Superior Tribunal de Provincia.

Estos antecedentes, y el carácter restrictivo que debe imperar para la calificación de las cuestiones políticas, permiten afirmar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, admiten bajo ciertas condi-

ciones de razonabilidad el control de constitucionalidad de una reforma constitucional. Afirmación que fue avalada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Fayt" (157).

### 89. NULIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La ley N° 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional concretada en 1994, incluyó entre las normas que podía modificar la Convención Reformadora al entonces art. 86, inc. 5°, que es el actual artículo 99, inciso 4°.

La norma disponía que, el presidente de la Nación, nombra a los magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales inferiores, con acuerdo del Senado.

En el núcleo de coincidencias básicas expuesto en la ley N° 24.309, se propiciaba que los jueces de la Corte Suprema fueran designados por el presidente de la República con acuerdo del Senado por mayoría absoluta del total de sus miembros o por los dos tercios de los miembros presentes. En cuanto a los restantes jueces, se propiciaba que fueran nombrados por el presidente de la Nación con acuerdo del Senado, pero sobre la base de una propuesta vinculante, en dupla o terna, del Consejo de la Magistratura.

La Convención Reformadora aceptó el criterio del legislador disponiendo que, los magistrados de la Corte Suprema, son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes. A su vez, los jueces inferiores, son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo simple del Senado, pero sobre la base de una terna vinculante propuesta por el Consejo de la Magistratura.

Como tercer párrafo del art. 99, inc. 4°, añadieron que: *"Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite"*.

No existían dudas de que el Congreso había habilitado a la Convención para modificar el régimen de nombramiento de los magistrados judiciales. Pero, esa autorización, ¿podría alterar el principio de la inamovilidad de los jueces que garantiza el art. 110 de la Ley Fundamental, y que no fue incluido en el temario para la reforma?

---

(157) Fallos CS 322:1616; LA LEY, 1999-F, 33 y 2000-C, 543.

Al decidir el caso "*Fayt*", del 19 de agosto de 1999 (158), por el voto de los ministros Julio Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Augusto Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo López y Adolfo Vázquez, por su voto, la Corte Suprema decidió que:

- 1) Procedía la sustanciación del recurso extraordinario planteado, porque estaba en discusión la validez e interpretación de normas constitucionales y leyes federales referentes al cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 30 de la Ley Fundamental.
- 2) Si bien la reforma constitucional es una materia de competencia del Congreso, en cuanto al ejercicio de la función preconstituyente, y de la Convención Reformadora, respecto a la aceptación o rechazo de la reforma propuesta, ello no implicaba desconocer al órgano judicial su potestad de verificar, en el caso concreto, si el acto impugnado fue emitido por el organismo competente, dentro del marco de sus atribuciones y con arreglo a las formalidades impuestas.
- 3) Si la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución, ningún departamento puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas y es del resorte de la Corte Suprema juzgar la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes y la excedencia de las atribuciones en la que éstos puedan incurrir.
- 4) El actual art. 110 dispone que todos los jueces de la Nación conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta. A ello se añade que solamente pueden ser removidos de ellos por mal desempeño, o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por delitos comunes (arts. 53 y 115 C.N.). Esa norma, que era el anterior art. 96 de la Constitución, no fue incluida entre las cláusulas que la Convención Reformadora estaba habilitada para revisar.
- 5) Al establecer la Convención un límite de edad para el desempeño de la magistratura judicial, se introdujo en un tema sobre el cual no medió la declaración de necesidad de la reforma por parte del Congreso. De tal manera, y regulando la cláusula referente al nombramiento de los jueces (art. 99, inc. 4º), elípticamente procedió a alterar el principio de la inamovilidad de los magistrados contenido en otra disposición constitu-

cional. La Convención incorporó una cláusula extraña a las atribuciones del presidente de la Nación, puesto que todo lo concerniente a la inamovilidad de los jueces es inherente a la naturaleza del Poder Judicial conforme a la Ley Fundamental.

Sobre la base de tales argumentos, la Corte entendió que la limitación temporal incorporada al art. 99, inc. 4°, era inaplicable al accionante por padecer de un vicio de nulidad absoluta.

Es que, había mediado un exceso manifiesto en las facultades que disponía la Convención conforme al procedimiento reglado por el art. 30 de la Constitución. La Corte concluyó destacando que su sentencia no comportaba un pronunciamiento sobre aspectos atinentes a la conveniencia o inconveniencia de la norma impugnada, sino una comprobación de que aquélla era consecuencia de un ejercicio indebido de la competencia que, en forma limitada, se le había otorgado a la Convención Reformadora.

En su voto en disidencia, el ministro Gustavo Bossert, decidió el caso sosteniendo que la norma impugnada no le era aplicable al accionante, porque éste ya había cumplido los 75 años de edad al tiempo de concretarse la reforma y que, la limitación del art. 99, inc. 4°, solamente tenía vigencia para los jueces que, después de la reforma, alcanzaran aquella edad. Entendió que, esa norma, había establecido un límite para el principio de la inamovilidad de los jueces.

Cabía una tercera interpretación. A través de un enfoque semántico, se podía entender que el tercer párrafo del art. 99, inc. 4°, solamente abarca a los magistrados que fueran nombrados conforme a los nuevos procedimientos establecidos en los dos párrafos anteriores, pero que no era extensivo a los jueces que ya se hallaban en posesión de sus cargos.

El pronunciamiento de la Corte Suprema, configuró un importante avance para la efectiva concreción del principio de la supremacía constitucional, que es plenamente aplicable a una reforma de la Carta Magna, siempre que no importe una ponderación sobre la conveniencia de la solución política adoptada.

El fallo de la Corte Suprema, en cuanto a su fundamentación, fue compartido por Ekmekdjian porque, la cláusula que garantiza la inamovilidad de los jueces mientras dure su buena conducta, no es susceptible de reforma al afectar la independencia del Poder Judicial con la consiguiente ruptura del principio de la división de los poderes (159).

---

(159) MIGUEL ANGEL EKMEKDJIAN, *El control de constitucionalidad de la reforma constitucional*, LA LEY, 1999-F, 127.

Otro tanto por Bianchi, quien advirtió que el debate se podía extender a otras cláusulas de la reforma cuya habilitación en la Convención resultaba dudosa (160). Postura similar adoptó Ventura (161). En cambio, Hernández, discrepando con el pronunciamiento de la Corte, sostuvo que el fallo lesionaba el principio republicano de la división de poderes porque, a su criterio, la Convención estaba autorizada a introducir la reforma (162).

Cuando un tribunal judicial declara la inconstitucionalidad de una norma, se limita a negar su aplicación al caso concreto pero no a disponer su derogación. La sentencia no puede tener ese efecto porque, la derogación de una norma, solamente puede ser dispuesta por otra de jerarquía similar y, en ciertos casos, por una de jerarquía superior, emitidas por el órgano habilitado para dictarlas. Si los jueces pudieran derogar las normas que tachan de inconstitucionales, les estaríamos atribuyendo facultades que la Constitución reserva para los órganos legislativo y ejecutivo. Por tal razón, los pronunciamientos judiciales no tienen efectos *erga omnes*, sino para el caso concreto sujeto a su decisión.

García Belsunce recuerda que, en el caso "Fayt", la Corte Suprema no declaró la inconstitucionalidad del art. 99, inc. 4º, párrafo tercero, sino su inaplicabilidad por padecer de un vicio que lo hacía nulo de nulidad absoluta. El fundamento de tal decisión residió en que, el art. 6º de la ley N° 24.309, sancionado por el Congreso en ejercicio de la facultad preconstituyente, establecía que "*Serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la convención constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración*". Al haber sido prevista la sanción de nulidad, la Corte Suprema de Justicia se ajustó a esa normativa, determinando que ella tuviera efecto *erga omnes*. La Corte no lo destacó expresamente, pero ese es el efecto que acarrea una declaración de nulidad que, como tal, es genérica y no solamente válida para el caso concreto, como acontecería con una simple declaración de inconstitucionalidad (163).

---

(160) ALBERTO BIANCHI, *Los efectos del caso Fayt sobre la reforma constitucional de 1994*, El Derecho 184-979.

(161) ADRIÁN VENTURA, *Inamovilidad de los jueces y la nulidad de un punto de la reforma constitucional*, LA LEY, 1999-E, 61.

(162) ANTONIO HERNÁNDEZ, *El caso Fayt y sus implicancias constitucionales*, p. 90, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001. Hernández integró la Convención Reformadora de 1994.

(163) HORACIO GARCÍA BELSUNCE, *La inconstitucionalidad o nulidad de una reforma constitucional*, p. 18, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 2000.



Consideramos, en principio, que el otorgamiento de efectos *erga omnes* a las sentencias judiciales, configura una alteración del principio de la división de las funciones del gobierno. En rigor, cuando los jueces inferiores o la Corte Suprema disponen la inaplicabilidad de una norma al caso sujeto a su decisión porque ella vulnera los principios contenidos en la Ley Fundamental, están declarando la inconstitucionalidad de ella.

Sin embargo, el efecto *erga omnes* resultaría aceptable cuando la sentencia de la Corte declara la inconstitucionalidad de un acto de la convención reformadora disponiendo su nulidad. Es que, los órganos legislativo o ejecutivo pueden remediar la invalidez de sus actos dispuesta por la Corte Suprema mediante la inmediata emisión de nuevas normas que se adecuen a la doctrina de ella. Pero no pueden hacer lo propio con los actos de una convención reformadora porque no están habilitados para ejercer la función constituyente. Solamente lo podría hacer una nueva convención reformadora, aunque previa sanción de una ley declarando la necesidad de la reforma constitucional y con referencia explícita a aquellos actos.

Si una norma emanada de una convención reformadora es declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, en su carácter de intérprete final de la Constitución, tal decisión tiene efectos *erga omnes*, quedando los jueces inferiores como los restantes órganos del gobierno inhabilitados para aplicar aquélla. En tal sentido, Bidart Campos destacaba que, cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una norma genérica, disponiendo su nulidad más allá del caso concreto, su sentencia tiene efectos *erga omnes* porque, si bien aquella no queda derogada formalmente, se deberá tener por materialmente inexistente (164).

Así, comentando el caso "Fayt", Ventura expresa que, "*Considero que estas afirmaciones sientan acabadamente la doctrina correcta, aunque obviamente, la sentencia no concluye declarando la inconstitucionalidad de la norma, sino su nulidad. Por lo demás, la decisión no sólo beneficia a Fayt, sino a todos los jueces, sin importar la fecha en que cumplan años o la fecha de su designación*" (165).

Igual temperamento adopta García Belsunce para quien, "*La sanción de nulidad viene así prevista por la ley misma —Nº 24.309— y por ello es que su declaración judicial —como ha ocurrido en el caso—*

(164) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, p. 358, ob.cit.

(165) ADRIÁN VENTURA, *Inamovilidad de los jueces y la nulidad de un punto de la reforma constitucional*, ob.cit.

*tiene efecto erga omnes para todos los casos que pudieren equipararse al planteado por el recurrente en la causa que nos ocupa*" (166).

Entre tales precedentes, corresponde citar el caso "*Monges. Universidad de Buenos Aires*" (167). La Corte, tras declarar la nulidad de una resolución del Consejo Superior de la Universidad, destacó que ella regía para el futuro y que "*Cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiere optado, con los efectos para cada uno previstos*". En este caso, la declaración de nulidad en cuanto a sus proyecciones futuras, para los estudiantes que estaban cursando la carrera al tiempo de dictarse la resolución universitaria, tuvo efectos *erga omnes*.

Comentando este pronunciamiento, Cassagne considera que ello es así porque, caso contrario, se estaría obligando a cada interesado a promover un proceso demandando la nulidad de un reglamento que ya fue declarado tal por la Corte Suprema. Esto cercenaría el principio de igualdad por cuanto la norma sería inconstitucional para unos y no para otros, con una grave afectación de la seguridad jurídica (168).

Aunque la ley N° 24.309 estuviera desprovista de una cláusula como la contenida en su art. 6º, que establecía la nulidad, el hecho de haber incorporado la convención reformadora una modificación en el texto constitucional que no estaba precedida por la autorización emanada del Congreso en ejercicio de su función preconstituyente, priva de toda validez a la cláusula reformada.

Esa falta de validez, solamente puede ser remediada por una nueva convención reformadora, pero no por los órganos legislativo o ejecutivo porque la norma no emanó de ellos. Tal circunstancia avala que el pronunciamiento tenga efectos *erga omnes* pero no derogatorios de la norma, debido a que el Poder Judicial no está habilitado constitucionalmente para derogar las normas. Esta conclusión permitiría sostener que, en el futuro, la Corte Suprema podría modificar su criterio y declarar la validez de aquella considerando el carácter esencialmente dinámico de su jurisprudencia. Solución que, de todas maneras, acarrearía cierto grado de inseguridad jurídica.

---

(166) HORACIO GARCÍA BELSUNCE, *La inconstitucionalidad o nulidad de una reforma constitucional*, p. 18, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2000.

(167) Fallos CS 319:3148; LA LEY, 1997-C, 150.

(168) JUAN CARLOS CASSAGNE, *Acerca de la eficiencia erga omnes de las sentencias anulatorias de reglamentos*, El Derecho 185-703.

## 90. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN. CONCEPTO

En el marco del movimiento constitucionalista, uno de los procedimientos más eficaces para preservar la libertad y dignidad del hombre, objetivos fundamentales en todo sistema político personalista, ha sido el principio de la supremacía de la constitución y su secuela instrumental del control de constitucionalidad.

En el ordenamiento jurídico de una sociedad política global sujeta a los principios del movimiento constitucionalista, las normas que lo integran no están en un plano de igualdad. Existe una jerarquía normativa destinada a afianzar la estabilidad del sistema, la seguridad de los individuos y el desarrollo de las relaciones sociales.

La constitución, consecuencia del acto fundacional de la sociedad política global, es parte integrante del derecho interno, pero simultáneamente condiciona la validez jurídica y creación de todas las normas que forman parte de ese derecho interno a su adecuación a los preceptos constitucionales. Todas las normas que se sancionan en virtud de la constitución están subordinadas a ella, y ninguna de tales normas puede estar por encima de la constitución a menos que ella disponga lo contrario con referencia al ejercicio del poder constituyente derivado.

La supremacía de la constitución es una técnica sumamente eficaz para limitar el ejercicio del poder por parte de los gobernantes. Las normas que ellos dicten como consecuencia del ejercicio del poder, sólo serán válidas y jurídicamente obligatorias cuando no se opongan a la supremacía material y formal resultante de una constitución. Caso contrario, los gobernantes podrían modificar las reglas de juego fundamentales de una sociedad política, con su secuela de arbitrariedad e inseguridad en la regulación de las relaciones sociales.

El principio de la supremacía de la constitución impone a gobernantes y gobernados la obligación de adecuar sus comportamientos a las reglas contenidas en la Ley Fundamental, cuya jerarquía jurídica está por encima de las normas que puedan emanar de aquéllos.

La legalidad y estabilidad jurídicas que genera la supremacía de la constitución, se expresan tanto en una supremacía material como en una supremacía formal.

La supremacía material se relaciona con el contenido de una constitución y se traduce en la imposibilidad jurídica de sancionar normas del derecho interno que se opongan a las disposiciones y objetivos de la ley fundamental.

La supremacía formal consolida a la supremacía material, determinando los requisitos que debe cumplir el procedimiento aplicable para la sanción de las normas jurídicas.

La primera establece que la constitución es la base del ordenamiento jurídico. La segunda establece que el procedimiento para la sanción de las normas debe ajustarse a la constitución, porque de ella deriva su validez externa.

El principio de la supremacía de la constitución le atribuye a la ley fundamental el carácter de primer fundamento positivo del orden jurídico, del cual depende la validez de las restantes normas jurídicas. Su objeto es el de brindar seguridad jurídica, garantizando la libertad y dignidad de las personas mediante la sumisión de los gobernantes al imperio de la Constitución. Es, asimismo, un principio propio de las constituciones rígidas y consecuencia de la división entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

Entre los antecedentes del principio de supremacía constitucional (169), se suele citar a la *graphé paranómón* que se aplicó en Atenas; al *Justicia de Aragón* con las facultades que le fueron conferidas a partir de 1283; la doctrina judicial formulada en 1610 por el juez británico Edward Coke cuando resolvió que “*el common law controlará las leyes del Parlamento, y algunas veces deberá juzgarlas como nulas; siempre que una ley del Parlamento sea contraria al derecho común y a la razón o repugnante o imposible de ejecutarse, el common law deberá controlarla y juzgar dicha ley como nula*”; las disposiciones contenidas en el *Agreement of the People* de 1647 y el *Instrument of Government* de 1653.

Sin embargo, la formulación positiva del principio, con las características que presenta actualmente, fue efectuada por la Constitución de los Estados Unidos, que en su artículo VI, párrafo segundo, establece: “*Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en su consecuencia se dicten, y todos los tratados celebrados o a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país, y los jueces en cada Estado estarán sujetos a ella, no obstante cualquier disposición en contrario contenida en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado*”. Esta norma es la fuente del art. 31 de la Constitución Nacional.

Comentando esta disposición, Hamilton expresaba que la constitución es una ley fundamental, y si llegara a presentarse una dis-

---

(169) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, p. 315, ob. cit.

crepancia entre ella y una ley proveniente del cuerpo legislativo, debe preferirse aquella que posee fuerza obligatoria y validez superior; en otras palabras, debe preferirse la constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esto significa que el poder del pueblo es superior a los poderes constituidos, y que si la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la constitución, los jueces deberán dar preferencia a esta última (170).

La técnica de la supremacía de la constitución se sintetiza en los principios siguientes:

- 1) La constitución es una ley superior y fundamental, determinante de la validez sustancial y formal de las restantes normas jurídicas.
- 2) Un acto legislativo recibe el nombre constitucional de ley si está de acuerdo con la norma fundamental.
- 3) Si un acto legislativo está en conflicto con la constitución, no es ley por carecer de validez jurídica.
- 4) Los jueces solamente están habilitados para aplicar aquellos actos que son leyes por estar de acuerdo con la constitución.
- 5) Los jueces deben abstenerse de aplicar aquellos actos legislativos que no reúnen las condiciones, sustanciales o formales, que permitan calificarlos como leyes.

Tales principios son aplicables, no solamente a las leyes propiamente dichas, sino también a cualquier norma infraconstitucional.

## 91. EL ARTÍCULO 31 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

El principio de la supremacía constitucional está expresamente establecido por la Constitución Nacional en su art. 31. Esa norma establece: *"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 ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859"*.

---

(170) El Federalista, Cap. LXXVIII, p. 330, Fondo de Cultura Económica, México 1957.

La parte final del art. 31, referente al Pacto de San José de Flores, fue incorporada por la Convención Constituyente de 1860, con motivo de la propuesta formulada por la Convención del Estado de Buenos Aires. Como esta última no había formado parte de la Confederación Argentina cuando fue sancionada la Constitución de 1853, y como el Pacto reconocía implícitamente la independencia del Estado de Buenos Aires, se consideró necesario el agregado por ser una condición inherente al Pacto y una consecuencia de él.

El principio expuesto en el art. 31 también está contenido en otras cláusulas de la Constitución. Así, el art. 27 dispone que el gobierno federal tiene el deber de afianzar las relaciones de paz y comercio con los estados extranjeros, *"por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución"*. El art. 28 prescribe que las leyes reglamentarias no pueden alterar los principios, garantías y derechos reconocidos por la Ley Fundamental. El art. 36 ordena que: *"Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos"*. Otro tanto resulta de la interpretación del Preámbulo de la Constitución.

Se ha sostenido que el art. 31 de la Constitución impone sólo la supremacía del derecho federal sobre el derecho provincial. Tesis fruto de una endeble interpretación de la Ley Fundamental (171), de tipo literal. Pero si recordamos el tenor del art. 27 de la Constitución y acudimos a una interpretación sistemática, no cabe duda que el art. 31 consagra genéricamente la supremacía de la Ley Fundamental frente a cualquier otra norma.

La Constitución, en su articulado, establece la supremacía absoluta de sus disposiciones sobre toda ley nacional, tratado y constitución o ley provincial. Asimismo, establece la supremacía del derecho federal sobre el derecho provincial, siempre que el primero tenga sustento constitucional.

De ello se desprende que es incorrecta una interpretación literal del art. 31 que ubique en un plano jerárquico de igualdad a la Constitución, las leyes nacionales y los tratados con los Estados extranjeros. Esto equivale a desconocer el principio de la supremacía constitucional, así como también la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos propia de una constitución rígida. Por otra parte, si acudimos a una interpretación sistemática de la Constitu-

---

(171) Posición adoptada por la convencional Elisa Carrió en la Convención Reformadora de 1994.

ción, advertiremos que su art. 27 dispone la supremacía de la Ley Fundamental sobre los tratados internacionales, y el art. 28 hace lo propio respecto de las leyes del Congreso.

El orden jerárquico del art. 31 presupone áreas de competencia nacional y provincial. En las áreas de competencia nacional establecidas por la Constitución, las leyes y constituciones locales están subordinadas a la Constitución Nacional y a las leyes del Congreso, incluyendo a los tratados.

Pero en las áreas de competencia provincial delimitadas por la Constitución Nacional, las leyes nacionales y los tratados están subordinados a las disposiciones constitucionales y legales de las provincias. Ello es así, porque el art. 121 de la Constitución establece que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Ley Fundamental al Gobierno Federal.

## 92. SUPREMACÍA DE LAS LEYES

Las leyes nacionales dictadas conforme a la Constitución, son normas básicas de la Nación, y a ellas deben adecuarse todos los actos gubernamentales, ya sean de las autoridades nacionales o provinciales.

En el orden jerárquico de la Constitución, las leyes sancionadas por el Congreso son inmediatamente posteriores a las disposiciones de la Ley Fundamental y de los tratados internacionales. A ellas se deben adecuar las normas provinciales, así como también los actos normativos emanados de los restantes poderes gubernamentales. Pero la validez de esta conclusión está supeditada a que las leyes nacionales no alteren los principios, garantías y derechos regulados por la Constitución, tal como lo establece su art. 28. Además, en el caso previsto por el art. 75, inc. 30, el ámbito físico para la aplicabilidad de las leyes del Congreso se circunscribe al territorio de la Capital de la Nación y de los espacios sometidos a la jurisdicción federal cuando, por su materia, no están destinadas a regir en todo el país.

Así, no todas las leyes sancionadas por el Congreso tienen supremacía sobre las normas provinciales o sobre los actos dictados por los demás poderes gubernamentales. Esa supremacía será jurídicamente efectiva sólo si la sanción de las leyes nacionales es consecuencia de las atribuciones que, en forma expresa o implícita, le otorga la Constitución al Congreso.

Después de la reforma de 1994, la Constitución establece expresamente que los tratados internacionales disfrutan de una jerarquía

superior a la correspondiente para las leyes nacionales (art. 75, inc. 22). Sin embargo, consideramos que este principio no es absoluto cuando se trata de acuerdos internacionales aprobados por simple mayoría en las cámaras del Congreso.

Existen diversas disposiciones constitucionales que imponen mayorías especiales para la validez de los actos del Congreso. Así, las leyes reglamentarias de la iniciativa popular y de la consulta popular deben ser aprobadas por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara del Congreso (arts. 39 y 40 CN). Situación similar plantea el art. 75, incs. 2° y 3°, en materia impositiva y de asignaciones específicas de recursos coparticipables. Se trata de una mayoría especial que no se exige para la aprobación de ciertos tratados internacionales que, por ser tales, tienen jerarquía constitucional superior al de las leyes.

Esta situación plantea un interrogante: ¿puede un tratado internacional, aprobado por simple mayoría, modificar las disposiciones de una ley que, por imposición constitucional, sólo puede ser sancionada por mayorías especiales? Entendemos que no, aunque admitimos que se trata de una hipótesis improbable por los contenidos diferentes que tendrían tales normas. Es poco probable que un tratado regule, en forma directa o indirecta, las materias citadas en el párrafo anterior.

A pesar de la disposición del art. 75, inc. 22, la solución del problema debe ser efectuada conforme a una interpretación sistemática y no meramente literal. Caso contrario, y a través de los tratados internacionales, sería viable reglamentar ciertas instituciones mediante aprobaciones emanadas del Congreso carentes de las mayorías que exige la Constitución para dotar de validez a las leyes locales que las regulan. El consenso especial impuesto por la Ley Fundamental para regular ciertos temas podría ser dejado sin efecto mediante tratados internacionales.

Por tal razón, en todos aquellos casos que la Constitución exige mayorías especiales para la validez de los actos del Congreso, ellos no podrán ser alterados o las materias no podrán ser reguladas mediante tratados internacionales que no fueron aprobados por el Congreso por mayorías similares a las impuestas por la Ley Fundamental para la validez de sus actos.

### 93. SUPREMACÍA DE LOS TRATADOS

El art. 31 de la Constitución hace referencia a los tratados celebrados con los Estados extranjeros en su carácter de ley suprema de



la Nación. Ellos, conforme al art. 75, inc. 22, tienen jerarquía superior a la de las leyes del Congreso.

A igual que en el caso de las leyes nacionales, la validez constitucional de un tratado está supeditada a su adecuación a la Ley Fundamental mediante el cumplimiento de dos requisitos esenciales.

En primer lugar, y en cuanto a la forma, es necesario que los tratados sean concluidos y firmados por el Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 11), para luego ser aprobados por una ley del Congreso (art. 75, incs. 22 y 24), ya que en este aspecto la Ley Fundamental se aparta del mecanismo previsto por la Constitución de los Estados Unidos, que requiere solamente la aprobación del Senado con el voto de dos tercios de sus miembros (art. II, sección II, parágrafo 2).

Una vez aprobado el tratado, el mismo debe ser objeto de ratificación por parte del poder ejecutivo para integrar el derecho internacional, lo cual constituye un requisito para que pase a integrar el derecho interno.

El Poder Ejecutivo, en el acto de celebración del tratado o de adhesión a una convención internacional, puede formular reservas a algunas de sus cláusulas que serán inaplicables en el orden interno. Otro tanto puede hacer el Congreso al aprobar el documento internacional.

La Constitución equipara los tratados a las leyes en cuanto al procedimiento que deben seguir las cámaras del Congreso para su aprobación, aunque pueden variar las mayorías de votos requeridas. Sin embargo, y a diferencia de las leyes, la incorporación de los tratados al derecho interno requiere además la ratificación internacional del Poder Ejecutivo y, tratándose de tratados que contienen compromisos recíprocos, también es necesaria la ratificación del otro Estado contratante.

En segundo lugar, y en cuanto al fondo, es necesario que el contenido del tratado esté en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución (art. 27).

El principio de la supremacía constitucional subordina la validez de los tratados a su adecuación formal y sustancial al texto de la Ley Fundamental. De modo que la validez constitucional de un tratado no depende solamente de su sanción conforme al procedimiento establecido por la Ley Fundamental, sino también de su conformidad con los principios de la Constitución, que puede reglamentar pero no alterar.

La relación entre el derecho internacional y el derecho interno, puede ser considerada a la luz de una tesis dualista o monista.

Para la primera, se trata de dos ordenamientos jurídicos independientes. Una norma internacional no tiene vigencia en el orden interno de un Estado a menos que sea expresamente incorporada al derecho interno. Para la segunda, la norma internacional, a partir de su emisión, es operativa e integra el derecho interno sin que se requiera un acto explícito en tal sentido.

La incorporación automática del derecho internacional al derecho interno, está prevista en las constituciones de Alemania, Italia, Francia y de varios países sudamericanos. Tanto en Italia como en Alemania esa decisión fue consecuencia de la obra nefasta generada por los regímenes fascistas y nacionalsocialistas desencadenantes de la Segunda Guerra Mundial. Mediante esa nueva postura, los gobiernos surgidos en tales países procuraron acreditar, ante la comunidad internacional, que estaban ofreciendo garantías suficientes para que no se repitiera la instalación de regímenes totalitarios.

En nuestro ordenamiento jurídico constituye un grave error equiparar las cláusulas de un tratado a una norma constitucional. Semejante conclusión resulta incompatible con el art. 27 de la Constitución y además, al subvertir el principio de la supremacía constitucional, desconoce la distinción fundamental que existe entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

La aceptación de aquella hipótesis conduce al absurdo de admitir que, por obra de un tratado, sería posible modificar el texto constitucional al margen del procedimiento estatuido por el art. 30 de la Ley Fundamental. Sería aceptar que, al concertar y aprobar un tratado, el poder ejecutivo y el Congreso podrían ejercer la función constituyente.

Precisamente, en el caso *"Merck Química Argentina c. Gobierno de la Nación"*, resuelto en 1948 (172), la Corte Suprema de Justicia aplicando la tesis monista para épocas de guerra, sostuvo que la Constitución era plenamente aplicable en tiempos de paz, pero en caso de guerra ella quedaba subordinada a los principios resultantes del derecho internacional aceptados por la Nación que se oponían al texto de la Ley Fundamental.

Al convalidar la confiscación de bienes pertenecientes a extranjeros, la Corte entendió que el estado de guerra presupone la supremacía del derecho internacional sobre las normas de la Constitución.

Semejante solución no se compadecía con los principios más elementales del movimiento constitucionalista y del Estado de Dere-

cho, olvidando que la Constitución es un documento destinado a regir tanto en tiempos de paz como de guerra, en épocas normales y anormales, a cuyo efecto consagra los remedios de excepción a los cuales deben acudir los gobernantes para encontrar las soluciones apropiadas a fin de resolver los problemas que plantea una situación de emergencia.

En una línea de pensamiento similar se enroló el fallo dictado por la Corte Suprema en el caso "*Ekmekdjian c. Sofovich*" (173), resuelto el 7 de julio de 1992. La Corte sostuvo que el art. 27 de la Convención de Viena, aprobada por la Ley 19.865, establece que los Estados no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. Ello impone al Estado la obligación de asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma del derecho interno que resulte contraria. Sin embargo, no existe fundamento constitucional alguno para sostener que los tratados son una especie de "*súper ley*" a la cual está subordinada la propia Constitución.

La doctrina del fallo citado en el párrafo anterior, si bien no estableció expresamente que la Constitución estuviera subordinada a los tratados, se apartó del criterio reiteradamente sostenido por la Corte Suprema antes de la reforma de 1994, conforme al cual los tratados internacionales se encuentran en un plano de igualdad con las leyes de la Nación. El Congreso, en forma expresa o implícita, podía dejar sin efecto el contenido de un tratado mediante la sanción de una ley.

En tal caso, y sin perjuicio de que el tratado conservase su validez internacional, con la consecuente obligación externa para el Estado, carecía de validez para el derecho interno. La Corte entendía que ni el art. 31, ni el actual art. 116 de la Constitución, atribuyen prelación o superioridad a los tratados respecto de las leyes válidamente sancionadas por el Congreso de la Nación y que, para ambas clases de normas, como integrantes del ordenamiento jurídico interno, regía el principio con arreglo al cual las normas posteriores derogan a las anteriores (174).

Tal es, la doctrina secular de la Suprema Corte de los Estados Unidos: 1) los tratados internacionales están en un plano de igualdad con las leyes del Congreso; 2) en caso de conflicto entre una ley federal y un tratado, debe prevalecer la norma de fecha posterior por-

---

(173) Fallos CS 315:1492; LA LEY, 1992-C, 543; DJ, 1992-2-296.

(174) Fallos CS 257:99.

que, así como un tratado puede derogar a una ley anterior, una ley del Congreso puede igualmente derogar a un tratado anterior (175).

El criterio seguido por la Corte en el caso *"Ekmekdjian c. Sofovich"* fue reiterado en el caso *"Fibraca"* del 7 de julio de 1993 (176). Destacó el Alto Tribunal que, por aplicación del art. 27 de la Convención de Viena, corresponde asignar primacía a los tratados internacionales ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria, siempre que aparezcan asegurados los principios del derecho público constitucional. Máxime teniendo en cuenta que, en dicho caso, no había sido impugnada constitucionalmente la validez del tratado tal como había acontecido en el caso *"Cabrera c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande"* (177).

La tesis que compartíamos hasta 1994, sobre la igualdad jurídica de leyes y tratados, fue objeto de severas críticas formuladas por prestigiosos juristas aunque, muchas veces, fruto de un apasionamiento dogmático que no se compadece con la racionalidad científica que debe presidir a la hermenéutica constitucional (178).

Un tratado inconstitucional por su forma o contenido, no solamente carece de validez interna, sino también internacional. Si se admite que la prelación de la norma internacional sobre el derecho interno cede cuando existe *"una violación manifiesta de una norma del derecho constitucional del estado, que regule la competencia para celebrar tratados"* (179), con mayor razón ello debe acontecer cuando se violan principios o declaraciones que establece claramente la Constitución.

La invalidez de los tratados no sólo depende del incumplimiento de las formas estatuidas internamente para su concertación, sino también, y fundamentalmente, porque no se han cumplido los contenidos esenciales de la Ley Fundamental.

Esta conclusión se impone, al menos en el sistema constitucional argentino, no solamente frente a la categórica disposición del art. 27

---

(175) *"Whitney vs. Robertson"*, 124 US 190 (1888), *"Cherokee Tobacco"* (1871), *"United States vs. Lee Yen Tai"*, 185 US 213 (1902), *"Rainey vs. United States"*, 232 US 310 (1914), *"Cook vs. United States"*, 288 US 102 (1933), *"Reid vs. Covert"*, 354 US 1, entre otros.

(176) Fallos CS 316:1669.

(177) Fallos CS 305:2150; LA LEY, 1984-B, 206.

(178) DANIEL HERRENDORF, *El caso Fibraca y un réquiem para el concepto clásico de soberanía*, LA LEY, Actualidad, 7 de octubre de 1993; GERMÁN BIDART CAMPOS, *Los tratados internacionales de derechos humanos en la reforma constitucional*, El Derecho, 16 de agosto de 1994.

(179) CÉSAR MOYANO BONILLA, *El principio de la primacía del derecho internacional*, El Derecho, 16 de agosto de 1994.

con la eventual secuela de sanciones previstas en los arts. 29 y 36, sino también por imperio del art. 30. Esto es así, porque la sanción de cualquier norma, ley o tratado, que derogue o sustituya una cláusula constitucional, ya sea en forma expresa o implícita, importa el ejercicio del poder constituyente derivado cuya función ha sido reservada exclusivamente a la convención reformadora.

Caso contrario, la concertación de un tratado internacional respetando las formalidades prescriptas por la Constitución, sería el instrumento idóneo para que, una transitoria mayoría política, pudiera establecer la forma unitaria de Estado, la forma monárquica de gobierno, la concentración de los poderes constituidos o funciones de gobierno en un órgano único, la alteración de los derechos y garantías constitucionales violando la cláusula del art. 28 de la Ley Fundamental, o cualquier otra aberración a la luz de los principios rectores de la Constitución Nacional. Si esto fuera posible, el tratado internacional sería el instrumento idóneo para pervertir la supremacía constitucional y establecer el autoritarismo.

En este aspecto, y al menos en las relaciones concertadas entre estados donde imperan sistemas políticos democrático constitucionales, la validez interna de un tratado tendría que ser requisito ineludible y determinante de su validez internacional para reflejar la conciencia jurídica de los pueblos modernos y libres (180).

En la formulación de un tratado, que es una ley del país, intervienen en forma complementaria el poder ejecutivo y el Congreso. La negociación, concertación y firma de un tratado son atribuciones políticas y judicialmente incontrolables del órgano ejecutivo (art. 99, inc. 11). Pero una vez firmado el documento internacional, y aunque ello fuera suficiente para tener validez internacional, se impone su aprobación por el Congreso (art. 75, incs. 22 y 24) mediante una ley, como uno de los requisitos constitucionales a cumplir para que integre el derecho interno. Esa aprobación importa el ejercicio de un control político y de constitucionalidad por parte del Congreso sobre la actuación del poder ejecutivo, al cual se añadirá, para que el tratado entre en vigencia como parte integrante del derecho interno su ratificación internacional por el poder ejecutivo. A partir de entonces queda sujeto al control de constitucionalidad que ejercerán los jueces.

Si bien el Congreso debe aprobar o desechar los tratados, ello no importa privarle de la facultad de formular observaciones parciales,

---

(180) BORIS MIRKINE GUETZEVITCH, *Derecho Constitucional Internacional*, p. 224, Ed. Revista de Derecho Público, Madrid 1936.

enmiendas o reservas al texto del documento, que serán en definitiva las condiciones establecidas por el Congreso para brindar su aprobación. Formuladas las observaciones, no habrá una aprobación condicional del tratado, sino un rechazo del mismo en la parte observada que será exteriorizado a través de la sanción de una ley. Situación similar se plantea con las reservas que formula el Poder Ejecutivo al celebrar el tratado.

Otra cuestión importante para dilucidar es la referente a la operatividad de los tratados internacionales. Si un tratado o una convención internacional quedan incorporados al derecho interno, su operatividad se concreta después de su publicación y desde el día que se determine o, en su defecto, después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial (art. 2° del Código Civil). Sin embargo, si el documento internacional condiciona su aplicabilidad interna a la sanción de una ley, o si el carácter programático de sus cláusulas impone la necesidad de un acto político y discrecional del Congreso para precisar normativamente sus contenidos, el tratado no tendrá aplicabilidad jurídica interna hasta tanto se sancione una ley que le brinde operatividad (181).

Considerando que el principio de la supremacía constitucional es plenamente aplicable a los tratados y convenciones internacionales, entendemos que no existen reparos para que los jueces ejerciten el control de constitucionalidad en los casos concretos que les sean sometidos, y declaren la inconstitucionalidad de aquellos documentos internacionales que alteren los principios, garantías y derechos establecidos por la Ley Fundamental por no estar en conformidad con sus arts. 27 y 28.

#### 94. JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Una de las reformas más importantes incorporadas por la Convención Reformadora de 1994 en la Constitución Nacional, consistió en la modificación de la interpretación acordada a su art. 31.

---

(181) Conf. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, p. 562, ob. cit. Sobre esta materia no existe actualmente una definida línea jurisprudencial de la Corte Suprema. Así, en el caso "Eusebio s/ Sucesión", de 1987, sostuvo la inoperatividad de ciertas cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Fallos CS 310:1080), mientras que en el caso "Ekmekdjian c. Sofovich", de 1992, afirmó la operatividad de las mismas cláusulas (Fallos CS 315:1492; LA LEY, 1992-C, 543).

Antes de la reforma, se entendía que los tratados internacionales se encontraban en igual ubicación jerárquica que las leyes de la Nación, sin perjuicio de la corriente doctrinaria y jurisprudencial citadas en el punto anterior que le asignaban un rango superior a los primeros.

Tal situación ha variado sustancialmente a raíz de las disposiciones contenidas en los incs. 22 y 24 del art. 75 de la Constitución.

Conforme a la Constitución, el manejo de las relaciones exteriores corresponde conjuntamente al Poder Ejecutivo y al Congreso. El primero es el encargado de negociar, concluir y firmar los tratados, concordatos y convenciones, mientras que el segundo tiene a su cargo el rechazo o la aprobación de tales documentos.

La facultad del presidente de la Nación resulta del art. 99, inc. 11, de la Constitución que, en líneas generales, mantiene la redacción anterior expuesta en el entonces art. 86, inc. 14. La única diferencia semántica reside en que el texto anterior enunciaba el contenido de los documentos internacionales haciendo referencia a los *"tratados de paz, de comercio, de navegación, de alianza, de límites y de neutralidad"*, aunque siempre se entendió que se trataba de una descripción enunciativa que no excluía la concertación de tratados sobre materias diferentes a las explicitadas. Además, incorpora entre las contrapartes a *"las organizaciones internacionales"*.

El texto actual, de manera más genérica, establece que 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, recibe sus ministros y admite sus cónsules"*.

Pero la jerarquía constitucional de los tratados ya no está equiparada a las leyes del Congreso que, por expresa disposición constitucional, quedan subordinadas a los primeros.

El inc. 22 del art. 75 establece que corresponde al Congreso:

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

*La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención so-*

*bre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

*Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.*

A su vez, el inc. 24 del art. 75 asigna al Congreso la facultad de:

*“Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.*

*La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.*

*La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.*

El análisis de estas disposiciones revela que:

1. El manejo de las relaciones internacionales corresponde conjuntamente al Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 11, C.N.) y al Congreso.
2. La aprobación de los tratados internacionales es facultad privativa del Congreso, que puede rechazarlos o aprobarlos. La aprobación de los tratados se formaliza mediante una ley su-



jeta al procedimiento contemplado en los arts. 77 a 84 de la Constitución.

3. Todos los tratados internacionales aprobados por el Congreso, cualquiera sea su contenido, tienen jerarquía superior a las leyes.

Un tratado deroga, expresa o implícitamente, a toda ley y norma de inferior jerarquía que se oponga a sus contenidos. En cambio, una ley posterior no deroga a un tratado.

4. Existen cinco categorías de tratados internacionales, cada una de ellas sujeta a un régimen constitucional diferente:

- 4.1. El primer grupo de tratados y convenciones previstos en el primer párrafo del inc. 22 son aquellos que no versan sobre derechos humanos ni son documentos de integración, y son aprobados por la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara del Congreso de acuerdo al quórum establecido por el art. 64 de la Constitución. Tienen jerarquía superior a las leyes y su aprobación por el Congreso no requiere mayorías diferentes a las establecidas para la sanción de una ley. Otro tanto acontece con su denuncia.

- 4.2. El segundo grupo está integrado por las declaraciones, pactos y convenciones que menciona expresamente el segundo párrafo del inc. 22 y que tratan sobre derechos humanos. Tienen una jerarquía constitucional limitada, disfrutando de un rango superior, no solamente respecto de las leyes, sino también de los tratados de integración y de los citados en el punto anterior. De modo que, ante un eventual conflicto entre ellos, tendrán preferencia los tratados sobre derechos humanos que enumera la Constitución.

Es posible que las disposiciones contenidas en esta categoría de tratados resulten contradictorias. En tal caso, y por aplicación de la regla interpretativa finalista, se deberá dar preferencia a la cláusula que, de manera armónica, brinde una mejor tutela a la libertad y dignidad del hombre.

La denuncia de estos tratados por el Poder Ejecutivo requiere previamente una ley del Congreso sancionada por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

4.3. El tercer grupo de tratados, incluidos en el último párrafo del inc. 22, son aquellos que sean aprobados en el futuro por el Congreso y que regulen derechos humanos. Este tercer grupo es pasible de una división:

4.3.1. Aquellos tratados que sean aprobados por el Congreso mediante el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrán jerarquía constitucional limitada y se hallarán en igual situación que los documentos internacionales citados en el punto 4.2.

4.3.2. Aquellos tratados que, regulando derechos humanos, sean aprobados por el Congreso aunque sin las mayorías mencionadas en el punto anterior. Bastará que la aprobación sea realizada por la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara y respetando el quórum establecido por el art. 64 de la Constitución.

Estos tratados carecerán de jerarquía constitucional limitada y estarán en un plano de igualdad con los descriptos en el punto 4.1. y de inferioridad ante los citados en el punto 4.3.1..

4.4. El cuarto grupo de tratados, previstos en el inc. 24 del art. 75, son los convenios de integración que se celebren con Estados Latinoamericanos. Su aprobación requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso, y una mayoría similar se impone para su denuncia.

Estos tratados carecen de jerarquía constitucional, aunque las normas que dicten las organizaciones supraestatales respectivas tienen jerarquía superior a las leyes.

4.5. El quinto grupo de tratados, también previstos en el inc. 24 del art. 75, son los convenios de integración que se celebren con Estados que no merezcan la calificación de latinoamericanos.

El procedimiento para su aprobación difiere del contemplado para los restantes tratados y prevé dos etapas. En la primera, el Congreso debe expresar la conveniencia de aprobar el tratado por el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara y respetando el quórum del art. 64 de la Constitución. La segunda etapa

se desarrolla una vez transcurridos ciento veinte días de expresada aquella conveniencia, y la aprobación definitiva debe ser efectuada por el Congreso con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Estos tratados tampoco tienen jerarquía constitucional limitada, y las normas que dicten las organizaciones supraestatales, que como consecuencia de ellos integre la Nación, tienen un rango superior al de las leyes.

La denuncia de estos tratados, a igual que los que se celebren con Estados Latinoamericanos, requiere la aprobación del acto por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

La validez de los tratados de integración, con los cuales se delegan competencias y jurisdicción a las organizaciones supraestatales, está condicionada a que: 1) la delegación se realice en condiciones de reciprocidad e igualdad; 2) se respete el orden democrático; 3) se respeten los derechos humanos.

El incumplimiento de tales recaudos posibilitará su descalificación constitucional por la vía judicial pertinente.

Un aspecto fundamental a resolver es si los tratados sobre derechos humanos, a los cuales la Constitución asigna "*jerarquía constitucional*", están o no subordinados a la Ley Fundamental. Está claro que su jerarquía es superior a la de las leyes, pero la duda se suscita respecto a su relación con la Ley Fundamental.

## 95. RELACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES CON LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Los fundamentos de los votos mayoritarios contenidos en las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia en los casos "*Arancibia Clavel*" (182), "*Espósito*" (183), "*Lariz de Iriondo*" (184) y "*Simón*" (185), desarrollados acudiendo a normas del derecho inter-

---

(182) Sentencia del 24 de agosto de 2004 (Fallos CS 327:3312; LA LEY, 10/11/2004, p. 8 - Supl. Constitucional 2004, oct., 4).

(183) Sentencia del 23 de diciembre de 2004 (Fallos CS 327:5668; LA LEY, 2005-B, 803).

(184) Sentencia del 10 de mayo de 2005 (LA LEY, 2005-C, 583).

(185) Sentencia del 14 de junio de 2005 (LA LEY, 2005-C, 845).

nacional, y soslayando el tratamiento de ciertas cláusulas constitucionales y del principio de supremacía constitucional, generan una serie de interrogantes. ¿La Constitución federal está subordinada a los tratados internacionales, a la Convención de Viena, a los principios del derecho internacional y la costumbre internacional aunque ellos, en un caso concreto colisionen con los preceptos contenidos en nuestra Ley Fundamental?; ¿la Corte Suprema de Justicia dejó de ser el tribunal supremo de la Nación, quedando sus decisiones sujetas a la revisión por tribunales u organismos internacionales?; ¿puede una convención reformadora de la Constitución apartarse de la ley que declaró la necesidad de su reforma?; ¿es viable, mediante un tratado internacional, modificar el texto de la Constitución?; ¿pueden el Presidente de la República y el Congreso, mediante una actuación conjunta y concordante, ejercer la función constituyente del art. 30 de la Constitución?; ¿el art. 27 de la Constitución está subordinado a los tratados internacionales?; en definitiva, ¿cuál es el ordenamiento jurídico vigente en la Argentina? Tales interrogantes fueron, directa o implícitamente, resueltos de manera acertada por García Belsunce, particularmente con referencia a su aplicación en el ámbito penal (186) al comentar el fallo dictado en el caso "Arancibia Clavel".

Son cuestiones sumamente delicadas que acarrearán cierta inseguridad jurídica a la luz de la Ley Fundamental, y cuya génesis reside en la desafortunada redacción asignada por la Convención Reformadora de 1994 al art. 75, inc. 22, de la Constitución. Particularmente, en el significado que se pretendió acordar a los tratados internacionales sobre derechos humanos con las expresiones "tienen jerarquía constitucional", "en las condiciones de su vigencia", "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución" y "deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

Para desentrañar jurídicamente el significado de esa norma con prescindencia de toda valoración política, corresponde acudir a la hermenéutica propia del Derecho Constitucional, así como también a las razones que motivaron la sanción de la ley 24.309 declarando la necesidad de la reforma constitucional, y a los argumentos expuestos en la Convención Reformadora de 1994 al insertar aquellas cláusulas.

En el llamado "Pacto de Olivos", concertado el 14 de noviembre de 1993 entre Carlos Menem y Raúl Alfonsín, invocando la representa-

---

(186) HORACIO GARCÍA BELSUNCE, *Reflexiones jurídicas en torno de la doctrina de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Bs. As. 2004.

ción de los partidos Justicialista y Unión Cívica Radical, respectivamente, se destacó la coincidencia *"en impulsar un proyecto de reforma constitucional sin introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución Nacional"*.

En las cuatro cláusulas que componían ese Pacto, se describieron los contenidos de la eventual reforma, incluyendo *"la integración latinoamericana y continental"*. No había referencia alguna sobre la modificación de la jerarquía que imperaba entre las normas jurídicas.

El 13 de diciembre de 1993, aquellas personalidades celebraron los *"Acuerdos para la Reforma Constitucional"*. Tras ratificar los objetivos del *"Pacto de Olivos"*, renovaron *"la intención de ambas fuerzas políticas de impulsar una reforma parcial de la Constitución Nacional que, sin introducir modificación alguna en las declaraciones, derechos y garantías de su primera parte, permita alcanzar los objetivos de modernización institucional"* expuestos en la concertación del 14 de noviembre. En su capítulo I incluía el núcleo de coincidencias básicas, destacando que, si ellas no eran incluidas en su totalidad en el texto constitucional, correspondía el rechazo de todas las reformas propuestas y la consecuente subsistencia de la normativa constitucional vigente (cap. III-A).

Entre los temas habilitados, al margen del núcleo de coincidencias básicas, se enunciaron *"institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales"* por incisos nuevos que debían ser incorporados al entonces art. 67 de la Ley Fundamental (187) que regula las potestades del Congreso (cap. II-I).

En el cap. III-C se estableció que *"La declaración de necesidad de la reforma establecerá la nulidad absoluta de todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de los términos del presente acuerdo"*.

En ese documento se insertó, por primera vez la referencia a la *"jerarquía de los tratados internacionales"*.

Mediante la ley 24.309, publicada el 31 de diciembre de 1993, el Congreso ejerció la función preconstituyente que regula el art. 30 de la Ley Fundamental.

Se reprodujo y amplió el núcleo de coincidencias básicas (artículo 2-A), reiterando que ellas debían ser votadas afirmativamente en

---

(187) Actual art. 75.

su totalidad ya que, caso contrario, se tendrían por rechazadas las reformas propuestas, incluyendo las que estaban fuera de ese núcleo de coincidencias básicas, y que subsistiría el texto constitucional vigente (art. 5°).

En principio, la cláusula cerrojo del art. 5° era inconstitucional porque el Congreso, al ejercer su facultad preconstituyente, se atribuyó una función constituyente propia de la Convención Reformadora sobre el contenido que debía tener la eventual reforma constitucional. La actuación de una Convención Reformadora se debe ceñir al articulado de la Constitución cuya modificación fue declarada necesaria por el Congreso, pero en modo alguno al contenido que el Congreso pretende atribuir a la reforma. Tal vicio fue subsanado por la Convención al incorporar a su reglamento interno el texto legal referente al núcleo de coincidencias básicas (art. 127). Por ende, no fue una imposición del Congreso sino una *"sugerencia"* aceptada por la Convención en ejercicio de sus potestades exclusivas (188).

Al margen del núcleo de coincidencias básicas, el art. 3° de la ley habilitó a la Convención para, mediante la incorporación de nuevos incisos al art. 67 de la Constitución, se procediera a implementar institutos *"para la integración y jerarquía de los tratados internacionales"* (art. 3-I). Consideramos importante destacar que, la reforma propiciada, apuntaba a regular las facultades del Congreso contenidas en la parte orgánica de la Constitución y no de su parte dogmática. En ejercicio de tales potestades, el Congreso puede reglamentar los contenidos de la parte dogmática, pero jamás desconocerlos o alterarlos (art. 28 CN).

Asimismo, la ley dispuso que *"serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2° y 3° de la presente ley de declaración"* (art. 6°), y que la *"Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución Nacional"* (art. 7°).

Conforme a la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional, ejerciendo el Congreso su función preconstituyente en el marco del art. 30 de la Ley Fundamental, la Convención quedó habilitada para otorgar nuevas potestades al órgano legislativo destinadas a regular *"la integración y jerarquía de los tratados internacionales"*. Pero, claro está, respetando la absoluta intangibilidad de

---

(188) Fallos CS 317:711, caso *"Romero Feris"*.

los arts. 1 a 35 de la Constitución y teniendo en cuenta que la interpretación de una ley declarativa de reforma es esencialmente restrictiva.

A esta primera aproximación, y como corolario, resulta la prohibición impuesta de manera expresa por la ley para introducir alguna modificación, alteración o agregado que cambiara el texto, el significado y consecuente interpretación de los arts. 1º, 18, 24, 27, 28, 30, 31 y 33 de la Ley Fundamental, entre otros. Esa prohibición también alcanzó a su Preámbulo, que establece la supremacía de la Constitución, y al art. 108 porque no fueron incluidos en la ley 24.309.

Conforme al resultado del ejercicio de la función preconstituyente, la Convención Reformadora no estaba habilitada, a título de ejemplo, para permitir que los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución puedan ser alterados por las normas reglamentarias; que los tratados internacionales puedan celebrarse al margen de los principios de derecho público establecidos en la Constitución; que la Constitución se pueda reformar por un procedimiento diferente al impuesto por su art. 30; que se puedan incorporar derechos o garantías prescindiendo del principio de soberanía y de la forma republicana de gobierno; que la Constitución no es la ley fundamental o que está equiparada a otras normas dictadas al margen del mecanismo de su art. 30; o que la Corte Suprema de Justicia no es el máximo tribunal Judicial; o que los tratados puedan desconocer la supremacía constitucional.

Al ser dispuesta la intangibilidad de los arts. 27, 30 y 31 de la Ley Fundamental, la referencia legal sobre "*la integración y jerarquía de los tratados internacionales*", solamente permitía establecer la relación jerárquica entre los tratados internacionales y las leyes, pero no con la Constitución. Asimismo, al limitarse la relación con los tratados internacionales, quedaba excluida toda consideración de los principios del derecho internacional y de la costumbre internacional, a menos que ellos fueran receptados por una ley ordinaria o por una ley aprobatoria de un tratado internacional que hiciera referencia a tales normas, aunque sin poder subordinar la Constitución a ellos.

Esta conclusión era consecuencia de una interpretación sistemática de la Ley Fundamental. Ella establece que los decretos del Poder Ejecutivo reglamentarios de las leyes quedan subordinados a ellas (art. 99, inc. 2º); que las leyes están subordinadas a la Constitución (art. 28) y que igual relación se concreta con los tratados internacionales (art. 27).

De manera que el único orden jerárquico que no estaba explícitamente expuesto en la Constitución era el que se presentaba entre

los tratados y las leyes, y a ese aspecto se refería la ley 24.309 cuando aludió a la jerarquía de los tratados.

Hasta 1983 la Corte Suprema de Justicia sostuvo que los tratados internacionales estaban en un plano de igualdad con las leyes de la Nación. El Congreso, en forma expresa o implícita y con la intervención del Poder Ejecutivo, podía dejar sin efecto una ley mediante la aprobación de un tratado. Asimismo, con la sanción de una ley podían ser dejadas sin efecto, total o parcialmente, las cláusulas de un tratado internacional. La Corte entendía que los arts. 27 y 31, y el actual art. 116 de la Constitución, no atribuían prelación o superioridad a los tratados sobre las leyes sancionadas por el Congreso y que, para ambas clases de normas, como integrantes del ordenamiento jurídico interno, regía el principio con arreglo al cual las normas posteriores derogan a las anteriores (189). Tal es la doctrina secular de la Suprema Corte de los Estados Unidos: 1) los tratados internacionales están en un plano de igualdad con las leyes del Congreso; 2) en caso de conflicto entre una ley federal y un tratado, debe prevalecer la norma de fecha posterior porque, así como un tratado puede derogar una ley anterior, una ley del Congreso puede igualmente derogar a un tratado anterior; 3) un tratado no puede modificar la Constitución, ni ser considerado válido si viola ese documento (190).

La doctrina jurisprudencial de nuestra Corte Suprema comenzó a variar a partir del caso "*Cabrera*" (191), resuelto el 5 de diciembre de 1983. Consideró que la inexistencia de procedimientos adecuados para la solución de controversias en el marco del Acuerdo celebrado entre la Argentina y la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, aprobado por ley 21.756, imponían por aplicación del art. 18 de la Constitución federal y el art. 53 de la Convención de Viena, que la solución del conflicto quedara a cargo de los tribunales nacionales. En esa oportunidad el Procurador General Mario Justo López, cuya opinión compartió la mayoría, sostuvo la invalidez de una norma internacional que establecía la inmunidad de jurisdicción para una de las partes, porque violaba tanto el derecho a la jurisdicción interna como a la jurisdicción internacional.

Diez años después, en el caso "*Fibraca*" (192), resuelto el 7 de julio de 1993, la Corte declaró la validez de la inmunidad jurisdiccional

---

(189) Fallos CS 257:99.

(190) "*Whitney v. Robertson*" (124 US 190), "*United States v. Lee Yen Tai*" (185 US 213), "*Rainey v. United States*" (232 US 310), "*Cook v. United States*" (288 US 102), "*Reid v. Covert*" (354 US 1), entre otros.

(191) Fallos CS 305:2150; LA LEY, 1984-B, 206.

(192) Fallos CS 316:1669.



local establecida en aquél Acuerdo, porque se había creado el Tribunal Arbitral de Salto Grande para la resolución de los conflictos, cuyos laudos debían ser aceptados como válidos. No solamente por aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sino también porque, en el caso concreto, no se había impugnado la constitucionalidad del Acuerdo a diferencia de lo que había acontecido en el caso "Cabrera".

Un año antes, al decidir el caso "*Ekmekdjian c. Sofovich*" (193), el 7 de julio de 1992, la mayoría consideró que el replicato compulsivo que impone el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos era operativo, y que constituía una reglamentación razonable de la libertad de prensa prevista en el art. 14 de la Constitución federal. Asimismo, entendió que la Convención de Viena había alterado el ordenamiento jurídico argentino al disponer que no se pueden invocar las disposiciones del derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado y que, por otra parte, una ley no podía derogar un tratado porque, siendo un acto federal complejo, importaría un avance inconstitucional del Congreso sobre el Poder Ejecutivo siendo que la Constitución le asigna a este último la conducción de las relaciones exteriores de la Nación de manera exclusiva.

Sobre la base de tales antecedentes, entendíamos que, cuando la ley 24.309 habilitó a la Convención Reformadora para modificar el actual art. 75, estableciendo nuevos incisos en el entonces art. 67 con el propósito de regular "*institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales*", apuntaba no solamente a los tratados de integración sino también a la relación jerárquica que debía existir entre las leyes y los tratados receptando aquella doctrina jurisprudencial. Es que, si la relación jerárquica entre los tratados y la Constitución resultaba del art. 27 —que no se podía reformar—, era razonable que la relación jerárquica entre los tratados y las leyes fuera contemplada en la cláusula constitucional que establece las atribuciones del Congreso. O, si se quiere, la relación entre las leyes ordinarias y las leyes que aprueban tratados internacionales sancionados por el Congreso ejerciendo las facultades del art. 75 de la Constitución. En síntesis, una relación jerárquica entre los productos del Congreso que siempre están subordinados a la Constitución.

Es cierto que la declaración referente a la necesidad de reformar el artículo de la Constitución que regula las atribuciones del Congreso, no era vinculante para la Convención a diferencia del núcleo de coincidencias básicas (art. 127 del Reglamento de la Convención).

Tampoco era vinculante la referencia a "*institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales*". Pero también es cierto que, mediante la reforma de las atribuciones constitucionales del Congreso no se podía alterar el principio de supremacía de la Constitución ni conferirle a ese órgano atribuciones constituyentes, porque tales cuestiones están reguladas en la Primera Parte de la Constitución cuya reforma estaba vedada.

Sin embargo, un análisis semántico del curso de acción seguido por la Convención Reformadora revela que se habría pretendido superar, aparentemente, los límites fijados por la ley 24.309 a menos que, mediante una interpretación teleológica y sistemática arribemos a una conclusión diferente.

En el despacho originario de la Comisión de Redacción de la Convención Reformadora (194) se propuso modificar el inc. 19 del entonces art. 67 de la Constitución. Esa norma autorizaba al Congreso para aprobar o desechar los tratados internacionales. En el proyecto de la Comisión, se mantuvo esa potestad, agregando que los tratados y concordatos "*tienen jerarquía superior a las leyes*". En este aspecto, la reforma propuesta no era cuestionable pues se limitaba a establecer el orden jerárquico entre las leyes y los tratados, receptando la doctrina de la Corte Suprema de Justicia; preservando la supremacía del derecho federal (art. 31 CN); y respetando la supremacía de la Constitución sobre los tratados resultante del art. 27.

Pero luego, en el segundo párrafo, se enunciaron diversos documentos internacionales sobre derechos humanos estableciendo que: "*tienen jerarquía constitucional y sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes del total de miembros de cada cámara*". Asimismo, en un tercer párrafo, se disponía que los tratados y convenciones sobre derechos humanos que en lo sucesivo fuesen aprobados por el voto de los dos tercios del total de miembros de cada cámara, gozarían de igual jerarquía constitucional que los citados en el párrafo anterior.

¿Qué significa que tales tratados tienen jerarquía constitucional? En la sesión del 26 de julio el convencional Rodolfo Barra sostuvo que lo que se estaba haciendo era colocar a ciertos tratados "*en la misma jerarquía de la Constitución, es decir, se los integra, se los introduce a la Constitución*" (195), aunque en las sesiones plenarias de la

---

(194) *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. IV, p. 4129; Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, Bs. As. 1995.

(195) *Ob. cit.*, t. IV, p. 4132.

Convención rectificó su postura. Compartiendo este punto de vista y para fortalecer su significado, el convencional César Arias sugirió que, como toda norma de un ordenamiento jurídico interno tiene jerarquía constitucional, correspondía destacar que tales tratados tienen la jerarquía de una norma constitucional (196), aunque esta propuesta no fue aceptada.

Por su parte, la convencional Elisa Carrió, siguiendo las instrucciones que había recibido, propuso que, después de la referencia a la *"jerarquía constitucional"*, se añadiera *"y deben entenderse complementarios de las declaraciones, derechos y garantías reconocidos en esta Constitución"*.

Cuando el convencional Alberto García Lema le preguntó cuál era el sentido del agregado propuesto, Carrió contestó que tenía por objeto destacar que no se derogaba la parte dogmática de la Constitución y que, la palabra complementarios, significaba que *"adiciona derechos a los establecidos en la parte orgánica de la Constitución, pero que no deroga ninguno de los derechos que están en ella"*. De tal manera, entendió que no se violaba el límite establecido por la ley 24.309: *"donde establece que en ningún caso estamos habilitados para tocar la parte dogmática de la Constitución"* (197).

Argumento por demás cuestionable porque el art. 7º de la ley 24.309 no se refiere a la derogación de los contenidos de esa primera parte, sino a su modificación. Y, adicionar contenidos a esa primera parte, importa su modificación a menos que entendamos que el alcance de los tratados tiene carácter reglamentario de la primera parte, en particular de su art. 33, en cuyo caso por tratarse de normas reglamentarias de la Constitución quedan subordinadas a ella. Por otra parte, no resultaba congruente pretender incorporar nuevos derechos a través de la parte orgánica de la Constitución porque ello importaba apartarse de los límites de la ley 24.309. Por vía elíptica, y mediante la asignación de funciones al Congreso en la parte orgánica, mal se podía modificar la Primera Parte de la Constitución, que estaba vedada por aquella ley.

Las agudas observaciones formuladas por el convencional Alberto Natale en la Comisión de Redacción, determinaron la exposición de nuevos argumentos desprovistos de la rigidez de aquellos que habían formulado Barra, Arias y Carrió.

Así, el convencional Humberto Quiroga Lavié, tras adherirse a la propuesta de Carrió para que los tratados fueran considerados com-

---

(196) Ob. cit., t. IV, p. 4133.

(197) Ob. cit., t. IV, p. 4130.

plementarios, destacó que la supremacía de la Constitución sobre los tratados resulta de su artículo 27. Agregó que la redacción asignada a la cláusula constitucional no altera los alcances de ese artículo 27 porque asignar a los tratados jerarquía constitucional no significa que los tratados formen parte de la Constitución, sino que tienen jerarquía supralegal (198).

Criterio que no fue compartido por Carrió entendiendo que el art. 27 no establece la supremacía de la Constitución sobre los tratados porque *“es una norma dirigida al Congreso Nacional para que cuando apruebe tratados internacionales verifique la correspondencia con el derecho público interno”* (199). Sin embargo, no aclaró qué acontece si el Congreso no verifica esa correspondencia correctamente y aprueba un tratado que colisiona con las normas constitucionales.

La respuesta fue ofrecida por el convencional García Lema expresando: *“En la medida que algunas normas de tratados internacionales contengan alguna disposición que se opusiese frontalmente con normas contenidas en la Primera Parte de la Constitución, no podría ser aplicada porque no puede llegarse por vía de tratados a desconocer un derecho contenido en la Primera Parte de la Constitución Nacional”*, porque no se trataría de una norma complementaria (200).

Para el convencional Juan Carlos Maqueda, la reforma propuesta no desconocía los arts. 27 y 31 de la Constitución, pero *“sí podemos llegar a aceptar, con respecto al artículo 30, es que en el segundo párrafo de este inciso que se nos propone, estamos flexibilizando la Constitución Nacional, porque estamos incorporando una nueva forma de incorporar nuevos derechos humanos que, a nivel internacional, estén reconocidos por los tratados”* (201). Sin embargo, la Convención no estaba autorizada para *“flexibilizar”* el art. 30 de la Ley Fundamental.

A esa altura del debate, era evidente que se suscitaban serias dudas entre algunos convencionales sobre los alcances de la reforma propuesta en su relación con los arts. 27, 30 y 31 de la Ley Fundamental, cuyos textos y alcances no podían ser modificados. En parte, motivadas por las intervenciones ingeniosas del convencional Natale que llegaron a exasperar a algunos convencionales. Así, cuando Natale le atribuyó a Carrió haber dicho que la Constitución, en su artículo 31, establecía el principio de la supremacía federal, pero no

---

(198) Ob. cit., t. IV, p. 4134.

(199) Ob. cit., t. IV, p. 4135.

(200) Ob. cit., t. IV, p. 4137.

(201) Ob. cit., t. IV, p. 4139.

el principio de la supremacía constitucional, ésta le contestó de manera descortés: *"Es usted sordo, señor convencional"*, a lo cual añadió que *"por la misma supremacía de la Constitución ésta tenía autorización para que determinadas normas del sistema jurídico se elevaran a su nivel"* agregando, para concluir el debate con Natale: *"Lo que quiero aclarar es que ha habido acuerdo y este acuerdo ha sido firmado por las fuerzas mayoritarias de esta Convención"* (202), con referencia a los partidos Justicialista, Radical y al Frente Grande.

Aparentemente, Carrió entendía que la Convención Reformadora estaba autorizada para elevar ciertas normas jurídicas al nivel de la Constitución, aunque la lectura de la ley 24.309 nos revela que no podemos aseverar que semejante idea se extendiera a los tratados internacionales sobre derechos humanos,

Para el convencional Antonio Hernández la atribución de jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos no modificaba a los arts. 27 y 31 de la Ley Fundamental porque aquellos son complementarios de sus normas y, como tales, *"no podríamos nunca interpretar que estos tratados internacionales puedan lesionar, menoscabar, desconocer, alterar o destruir los derechos que están reconocidos por la Constitución"* (203).

El convencional Juan Pablo Cafiero propuso incorporar un nuevo agregado al texto debatido. Sustituía la referencia al carácter complementario de los tratados que había propuesto Carrió por: *"en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, y no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías"*. Su proyecto repetía el esquema contenido en el art. 33 de la Constitución. Fue rechazado, con cierta cuota de agresividad, por Barra considerando que se trataba de un grave error técnico *"suponer que un derecho constitucional puede ser negación de otro derecho constitucional, y esto es imposible"*. Insistió en que se mantuviera la mención sobre el carácter complementario de los tratados, y su postura fue apoyada por los convencionales Carrió y Aníbal Ibarra (204), aunque se aceptó incluir la referencia a *"en las condiciones de su vigencia"*.

Finalmente, la Comisión de Redacción decidió que, a continuación de la enunciación de los tratados internacionales, se expresara: *"en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución"*.

---

(202) Ob. cit., t. IV, ps. 4143 y 4144.

(203) Ob. cit., t. IV, p. 4145.

(204) Ob. cit., t. IV, p. 4148.

El despacho de la mayoría, correspondiente al actual art. 75, inc. 22, de la Constitución, establecía que los tratados internacionales aprobados por el Congreso tenían jerarquía superior a las leyes. Se determinaba el orden jerárquico que la Convención estaba habilitada para fijar. Luego se añadían los tratados internacionales sobre derechos humanos que registra el texto vigente y se agregaba *“en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución”*. No figuraba la referencia a que *“no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”* (205).

Los miembros informantes del despacho de mayoría en las sesiones plenarias de la Convención fueron Juan Pablo Caffero y Rodolfo Barra. El primero destacó que se le otorgaba jerarquía suprallegal a los tratados internacionales y que se aceptaba la competencia de las instancias internacionales de control establecidas en los tratados sobre derechos humanos *“y la jurisdicción de los tribunales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*, mención, esta última, que colisionaba con el art. 108 de la Constitución. Añadió que, si bien un sector de la doctrina era partidario de imponer la supremacía del derecho internacional sobre la Constitución, la propuesta del dictamen de mayoría no aceptaba ese criterio propiciando sólo la supremacía de los tratados *“en los que Argentina sea o se haga parte”*, sin aclarar si esa supremacía se concretaba sólo ante las leyes o si también se extendía a la Ley Fundamental, solución esta última inviable a la luz del artículo 27 de la Constitución (206), cuya modificación estaba vedada.

Barra, tras destacar que todos los tratados tienen jerarquía suprallegal pero infraconstitucional, sostuvo que algunos de ellos son elevados *“al rango constitucional”*. Añadió que, al tener *“jerarquía constitucional”*, están en *“pie de igualdad con la Constitución Nacional”*, pero que no la integran estrictamente, sino que la complementan. Que no se niega el carácter supremo de la Constitución porque los tratados no son normas de la Constitución ni se incorporan a ella (207).

Con respecto a la cláusula *“en las condiciones de su vigencia”*, para Barra ella significa que los tratados se incorporan al derecho argentino *“con las reservas y declaraciones interpretativas si las hubiese. Estas reservas y declaraciones interpretativas integran el tratado, a los efectos, tanto del derecho interno como del compromiso internacio-*

---

(205) Ob. cit., t. V., p. 5177.

(206) Ob. cit., t. V., p. 5180.

(207) Ob. cit., t. V., ps. 5184 y 5193.

*nal que nuestro país asume". "En las condiciones de su vigencia" no significa en las condiciones en que fue redactado el tratado, sino "sólo en los términos de la ley que los aprueba y sólo en los términos de las reservas y declaraciones interpretativas que se introducen en el momento de realizarse el depósito por parte del Poder Ejecutivo, los tratados tienen validez para nosotros" (208).*

En cuanto al carácter "*complementario*" que la Constitución le atribuye a los tratados, Barra señaló que su inserción obedeció al propósito de aseverar que ellos no pueden modificar los arts. 1 a 35 de la Ley Fundamental porque, caso contrario, se estaría vulnerando el art. 7º de la ley 24.309 que "*fulmina de nulidad absoluta cualquier modificación que se quiera introducir a la Primera Parte de la Constitución Nacional*". Añadió que, conforme a este principio, los derechos que consagran los tratados no colisionan con los preceptos constitucionales sino que los "*complementan, explicitan o perfeccionan*". Si en algún caso concreto se llegara a presentar una contradicción, "*no existirá la complementariedad exigida ahora por el constituyente. Por lo tanto, estos derechos no estarán perfeccionados, con lo que no podrán aplicarse*". Si el juez "*no puede alcanzar un sentido integrador de las normas en juego habrá de primar aquella que figura en la parte dogmática de nuestra Constitución, en armonía con el mencionado artículo 7º de la ley 24.309*".

Citando el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Barra destacaba que las normas de los tratados no pueden limitar los derechos tal como están enunciados en la Constitución y que, "*la palabra complementario tiene mucha importancia, porque en la relación de complementación; lo complementario debe servir a lo complementado, es accesorio a ello*" (209).

Recordemos que el art. 29 de esa Convención alude a la interpretación de sus cláusulas, destacando que una ley local u otra convención que dispongan un reconocimiento más amplio a los derechos humanos y sus garantías, tienen vigencia preferencial sobre el Pacto de San José de Costa Rica.

Cafiero compartió ese significado al expresar que "*acompañamos con la palabra complementario la idea de una interpretación donde quede claro que la tutela más favorable al derecho a la persona es la interpretación válida*" (210).

---

(208) Ob. cit., t. V., ps. 5184 y 5325.

(209) Ob. cit., t. V. ps. 5184, 5185 y 5193.

(210) Ob. cit., t. V, p. 5197.

En igual sentido se pronunció el convencional García Lema: *“Tal complementariedad importa que no puede desconocerse, suprimirse o modificarse un derecho contenido en la Primera Parte de la Constitución, sino que deberá integrárselo, armonizárselo, con los derechos contenidos en los tratados internacionales”* otorgando, carácter explícito, a los derechos implícitos del artículo 33 de la Ley Fundamental (211).

Para disipar toda duda, los convencionales Cafiero y García Lema propusieron agregar, al dictamen de la mayoría, la expresión *“no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”*. Agregado que fue aprobado por el bloque de la Unión Cívica Radical, a través de Miguel Ortíz Pellegrini: *“nos parecen correctas las modificaciones que se han propuesto, porque ya nadie podrá decir que nos hemos extralimitado o que, de alguna manera, hemos usado nuestras atribuciones fuera del estricto marco de la ley que nos trajo aquí, es decir, la 24.309”* (212).

La supremacía de la Constitución frente a los tratados internacionales de derechos humanos y el derecho internacional fue sostenida por el convencional Barra destacando que la supremacía sobre el derecho interno que impone la Convención de Viena encuentra su límite en el texto de la Constitución (213). Otro tanto el convencional Ernesto Maeder al señalar que el contenido de los tratados internacionales debe ser considerado *“como parte de los derechos y garantías no enumerados, previstos en el artículo 33, siempre que no afecten otros ya consagrados y en concordancia con lo establecido en el artículo 27”*, sin perjuicio de algunas críticas puntuales al texto proyectado (214).

En similar línea de pensamiento, el convencional Humberto Quiroga Lavié dijo: *“lo que hace la nueva norma de la Constitución es afirmar claramente la supremacía de la Constitución por encima de todo el resto del ordenamiento jurídico colocando a las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos por encima del resto del ordenamiento jurídico, es decir, de los tratados que no son de derechos humanos y del resto del ordenamiento jurídico, respetando el artículo 30 de la declaración de necesidad de la reforma, que habilita precisamente este tema. Se está salvaguardando de esta manera la supremacía de la Constitución Nacional en relación con el resto del ordenamiento y se está respetando el artículo 27 también, que obliga*

---

(211) Ob. cit., t. V, p. 5290.

(212) Ob. cit., t. V, ps. 5302 y 5303.

(213) Ob. cit., t. V, p. 5193.

(214) Ob. cit., t. V, p. 5223.



*al Congreso de la Nación a ratificar los tratados respetando los principios de derecho público de la Constitución"* (215).

Como algunos convencionales habían interpretado de manera crítica que la reforma propiciaba otorgar a los tratados internacionales un rango supraconstitucional, María Martino de Rubeo declaró: *"Pienso que en ningún momento el texto alude a ello, sino que marca claramente dos niveles. Un primer nivel es el de supralegal, donde creo que radica la confusión del señor convencional Vásquez, porque no es supraconstitucional, y es a lo que se refería el convencional Quiroga Lavié hace unos instantes. O sea que está por encima de las leyes, pero no superior a la Constitución. En esa medida consagramos esta jerarquía constitucional superior a las leyes en los tratados y también en los concordatos"* (216).

Por su parte, el convencional Horacio Rosatti, aclaró que *"con la reforma que ahora se propone tenemos muy clara cual es la ubicación constitucional de los tratados internacionales. Sabemos que están por sobre la ley y, más aún, sabemos que en las condiciones de su vigencia los tratados sobre derechos humanos —cuya prolija descripción se realiza en la cláusula propuesta— tienen jerarquía constitucional y sólo podrán ser denunciados en su caso por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes del total de los miembros de cada cámara"* (217). Procedimiento que difiere del contemplado por el art. 30 para la reforma constitucional porque, precisamente, los tratados no forman parte de la Constitución sino que la complementan reglamentando su contenido con una intensidad mayor a la que puede provenir de las leyes que sanciona el Congreso.

Resulta importante destacar que el plenario de la Convención no aprobó una propuesta formulada por la convencional María Lucero consistente en incorporar, al texto del art. 75, inc. 22, de la Constitución y a continuación de su párrafo segundo, lo siguiente: *"En relación a los tratados internacionales de derechos humanos, los delitos de lesa humanidad no podrán ser objeto de indulto, conmutación de penas ni amnistía. Las acciones a su respecto, serán imprescriptibles"* (218).

Los debates concretados en el seno de la Convención Reformadora de 1994, y en particular los fundamentos expuestos para aprobar el despacho de la mayoría, son elementos esenciales que nos

---

(215) Ob. cit., t. V, p. 5245.

(216) Ob. cit., t. V, p. 5246.

(217) Ob. cit., t. V, p. 5282.

(218) Ob. cit., t. V, p. 5234.

permiten aproximarnos a la interpretación auténtica que corresponde asignar al art. 75, inc. 22, de la Constitución (219).

En numerosas oportunidades, la Corte Suprema de Justicia estableció que las opiniones expuestas por los miembros informantes en los órganos legislativos —o constituyentes— durante la consideración de los proyectos normativos, son elementos auténticos de interpretación para precisar su significado y alcance, correspondiendo dar pleno efecto a la intención del legislador si ella es clara, o en su defecto al significado de la norma en el marco de una interpretación sistemática (220).

A ello se agrega, en nuestro caso concreto, el límite establecido por la ley 24.309 para el funcionamiento de la Convención que condiciona la validez de sus decisiones. Especialmente, sus arts. 6º y 7º. El primero prescribe la nulidad absoluta de todas las modificaciones que realice la Convención apartándose de las competencias establecidas en la ley, y el segundo que la Convención no puede introducir modificaciones en los arts. 1 a 35 de la Constitución, ya sea de manera directa o elíptica.

Sistematizando las opiniones expuestas en la Convención Reformadora, a veces dogmáticas, confusas y hasta contradictorias, corresponde concretar su análisis jurídico dentro de los límites impuestos por la ley 24.309 para, precisamente, avalar la constitucionalidad de la reforma y validez de las cláusulas incorporadas al art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental.

Procurando esbozar una relación armónica en el ordenamiento constitucional, sobre la base de una interpretación teleológica y sistemática, arribamos a las conclusiones siguientes:

- 1) Todos los tratados y convenciones internacionales tienen jerarquía supralegal. No pueden ser derogados o modificados mediante una ley ordinaria del Congreso, sino sólo a través del procedimiento constitucional para la aprobación y puesta en vigencia de los tratados.
- 2) La Convención, al estar habilitada para determinar la jerarquía de los tratados, no sólo les asignó carácter supralegal, sino que también estableció un orden jerárquico entre ellos distinguiendo cinco tipos de tratados:

---

(219) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de Interpretación Constitucional*, p. 147, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1998.

(220) Fallos CS 111:330 y 388; 114:28 y 298; 115:174; 150:151; 210:540.

- 2.1) Los tratados que regulan materias extrañas a la integración y a los derechos humanos.
  - 2.2) Los tratados sobre derechos humanos puestos en vigencia y aprobados por el Congreso sin las mayorías especiales previstas en el art. 75, inc. 22, de la Constitución. Sin embargo, estos tratados pueden tener jerarquía superior a estos últimos si, conforme al art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, regulan tales potestades de manera más favorable para las personas.
  - 2.3) Los tratados de integración, en las variantes previstas en el art. 75, inc. 24, siempre que respeten las disposiciones sobre derechos humanos contenidas en otros tratados. Los tratados de integración no pueden desconocer o reducir la amplitud de la tutela a los derechos humanos dispensada por otros tratados, aunque sí podrían ampliarla.
  - 2.4) Los tratados sobre derechos humanos que, después de ser sancionada la reforma constitucional de 1994, sean aprobados y entren en vigencia conforme a las mayorías especiales establecidas en el art. 75, inc. 22, de la Constitución, y siempre que otorguen a esos derechos un reconocimiento más favorable que los simples tratados sobre derechos humanos o las leyes locales.
  - 2.5) Los tratados sobre derechos humanos citados en el art. 75, inc. 22 que, a igual que los anteriores pueden ser denunciados por la acción conjunta del Congreso y el Poder Ejecutivo, sin que sea necesaria la reforma constitucional porque no forman parte de la Constitución.
- 3) Conforme al art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el carácter supralegal de los tratados cede ante las leyes internas que otorgan, a tales derechos, una protección más favorable para las personas. En tales casos, la ley no deroga ni modifica los tratados, sino que suspende la aplicación de algunas cláusulas de estos últimos.
  - 4) La referencia a la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, significa que están incorporados operativamente al orden jurídico interno argentino y sujetos a las disposiciones contenidas en los arts. 27, 30 y 31 de la Ley Fundamental. No son supraconstitucionales ni forman parte

de la Constitución (221). Si formarían parte de la Constitución, se estaría violando el art. 30 de ella porque, los enunciados en el art. 75, inc. 22, pueden ser denunciados sin intervención de una Convención Reformadora, y otro tanto los aprobados después de la reforma de 1994. Si no se acepta esta conclusión, tendríamos que admitir que fue reformado el art. 30 de la Ley Suprema, cuya modificación estaba prohibida por la ley 24.309 bajo la pena de nulidad.

- 5) Los tratados internacionales sobre derechos humanos sólo rigen en las condiciones de su vigencia. Tal como fueron aprobados con sus reservas y declaraciones interpretativas. Condición que está permitida por el art. 19 de la Convención de Viena.
- 6) Los tratados, a menos que se convenga expresamente lo contrario, no tienen aplicación retroactiva según el art. 28 de la Convención de Viena. De acordarse lo contrario, las cláusulas del tratado no podrán colisionar con los derechos y garantías de carácter humano enunciados en la Primera Parte de la Constitución conforme a su art. 27 y que, de acuerdo a las normas reglamentarias generaron derechos adquiridos.
- 7) Los tratados internacionales no pueden derogar ni modificar artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución. Así lo estableció el art. 7° de la ley 24.309 y así lo dispone el propio art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental. Caso contrario, se estarían vulnerando los arts. 27 y 30 de la Constitución —cuya reforma no fue autorizada— y se podría invocar el art. 46 de la Convención de Viena cuando establece que un Estado puede alegar, como vicio de su consentimiento, la circunstancia que el tratado afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. Y no hay norma de mayor importancia fundamental en el derecho interno argentino que su Constitución federal. En tal caso, el Estado deberá seguir el procedimiento previsto en el art. 65 de la Convención de Viena y los jueces nacionales, como órgano integrante del gobierno, que

---

(221) RICARDO HARO sostiene que los tratados internacionales no forman parte de la Constitución ni están dentro de ella. Son normas contractuales y no constitucionales. Sin embargo, las cláusulas de tales tratados adquieren similar ubicación de primacía junto al texto de la Ley Fundamental, conformando un “núcleo de constitucionalidad abierto” o un “bloqueo de constitucionalidad” como aseveraba Germán Bidart Campos. *Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional*, p. 77, Ius et Praxis, Talca 2003.

tienen a su cargo el control de constitucionalidad, deberían abstenerse de aplicar las cláusulas cuestionadas porque, en el orden interno, un juez de la Constitución jamás puede aplicar una norma inconstitucional. El control de constitucionalidad que incumbe a los jueces, no puede ser limitado como consecuencia de una errónea valoración del Congreso y Poder Ejecutivo sobre la validez constitucional de un tratado. Su prerrogativa de aprobar y ratificar tratados no es discrecional y está sujeto al control de constitucionalidad.

- 8) Los tratados internacionales sobre derechos humanos son complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución. Nuestra Ley Fundamental, a diferencia de la de otros países, presenta la virtud, fruto de una eficiente técnica para la formulación de sus normas, de ser genérica, flexible, clara y expuesta en el lenguaje común, al menos en su Primera Parte. Merced a esa técnica, todas las libertades, como especies del género libertad, están reconocidas por la Constitución. Ya sea de manera explícita o mediante la cláusula residual de su art. 33. Bien dice Jorge Vanossi que, mediante la hermenéutica constitucional y la presencia de un artículo que ampara los derechos no enumerados, pero que nacen o surgen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, se abre un abanico muy amplio de posibilidades para la incorporación de nuevos derechos y garantías (222). Compartimos esta opinión porque todas las libertades individuales y sociales, tanto las que ya se manifiestan en la convivencia social como las libertades en embrión que nacerán debido al carácter dinámico de la vida social, están avaladas por la Ley Fundamental. De manera que un tratado internacional no crea derechos, garantías o libertades, sino que reglamenta, con jerarquía superior a las leyes, las ya reconocidas por la Constitución. Cumple la función prevista en el art. 28 de la Ley Fundamental. Es que si los tratados sobre derechos humanos son complementarios, esto significa que sus cláusulas no pueden desconocer o anular los derechos constitucionales, sino reglamentar algunos aspectos referentes a su tipificación y ejercicio.
- 9) Los tratados internacionales, a igual que toda norma jurídica, disfruta de la presunción de constitucionalidad y, en caso de duda, corresponde aceptar su validez. Esta conclusión abs-

---

(222) JORGE R. VANOSI, *La reforma constitucional de 1994*, p. 343, Ed. Del Círculo de Legisladores de la Nación Argentina, Buenos Aires 2004.

tracta sólo podría ceder ante un caso concreto si, su aplicación al mismo, importa el desconocimiento de algún precepto constitucional y previa constatación de la imposibilidad de armonizar ambas normas en función de sus objetivos.

- 10) La Convención Reformadora de 1994 asignó jerarquía supra-legal a los tratados, pero no a los principios de derecho internacional ni a la costumbre internacional, a menos que ellas sean receptadas en un tratado. Pero, aunque así fuera, tales principios y costumbres no derogan ni modifican los principios expuestos en la Constitución federal, conforme a su art. 27.

Se podrá argumentar que estas conclusiones responden a un enfoque esquemático y que no se compadecen con aquellas que resultarían de una valoración adecuada sobre el desenvolvimiento del derecho internacional desde comienzos del siglo XX. Pero, en tal caso, nos estaremos apartando de la unidad de análisis jurídica que es la Constitución Nacional para introducirnos en un debate de carácter político, donde la ley queda subordinada a los juicios de valor.

Frente al concepto clásico del poder soberano estatal, se alzan teorías que propician reducir su magnitud mediante transferencias totales o parciales de competencias estatales.

Ello es consecuencia de un movimiento doctrinario que no está satisfecho con los logros alcanzados en salvaguarda de la libertad y dignidad del hombre dentro del marco tradicional de la conformación del Estado. Es que, muchas veces, la estructura estatal ha sido un medio eficiente para concretar las aberraciones más escandalosas en detrimento de la dignidad humana.

De todos modos, y sin perjuicio de rescatar el propósito loable que inspira a semejante concepción, no podemos incurrir en el desvarío de imputar a la estructura estatal la responsabilidad por aquellas atrocidades porque, en definitiva, su autor ha sido el hombre apartándose de los fines personalistas de una sociedad política global. La modificación de las estructuras organizativas del poder soberano es un camino estéril si está desprovisto de la previa, o simultánea, educación del hombre para vivir en libertad.

La fórmula para solucionar las colisiones producidas entre los actos de los órganos nacionales y el derecho internacional, permitirá verificar el grado que presenta el poder soberano de los Estados y su capacidad de independencia externa. Permitirá advertir si los Estados miembros de una organización internacional, o algunos de ellos, han transferido una porción de su poder soberano renunciando a su independencia para determinar el contenido de su derecho

interno respecto de ciertas materias. De ser así, la transferencia se formaliza mediante un tratado o convención internacional que será la ley fundamental a la cual quedarán subordinadas, total o parcialmente, las constituciones locales de los Estados.

Al margen de estas consideraciones hemos procurado ceñirnos a las técnicas jurídicas de interpretación forjadas por el secular movimiento constitucionalista que desembocaron en la vigencia del Estado de Derecho y la consolidación, a partir del siglo XX, de los sistemas democráticos de avanzada y más progresistas.

Consideramos que el poder de concertar tratados internacionales, previsto en el art. 67, inc. 19, de la Constitución antes de su reforma, y actualmente en el art. 75, incs. 22 y 24, debe entenderse subordinado a la Ley Fundamental. Un tratado que desconoce las normas constitucionales es nulo porque estaría autorizando lo que la Constitución prohíbe. Sostener lo contrario, sería conferir al Congreso y al Poder Ejecutivo la potestad de ejercer el poder constituyente al margen del art. 30 de la Constitución avalando la perversión constitucional (223). Perversión, motivada a menudo por el deseo de imponer una ideología que conduce a la alteración de los valores constitucionales.

Un sector importante de nuestra doctrina constitucional (224), considera que los tratados internacionales sobre derechos humanos previstos en el art. 75, inc. 22, de la Constitución, no son infraconstitucionales como los restantes. Ellos, junto al texto de la Ley Fundamental, conformarían un sistema o bloque de constitucionalidad federal. Su análisis no podría ser efectuado al margen de la Constitución porque la integran complementando sus disposiciones. La eventual colisión entre la primera parte de la Constitución y las normas de esos tratados internacionales, deberá priorizar los derechos humanos mediante la interpretación. Pero, si la oposición se manifiesta con la segunda parte de la Constitución, corresponde otorgar preferencia a las normas constitucionales.

Arribando a una conclusión similar, algunos de los ministros de la Corte Suprema han sostenido que los constituyentes efectuaron un juicio de comprobación, entre los tratados que cita el art. 75, inc. 22, y el articulado de la Constitución, cotejando sus disposiciones. Al in-

---

(223) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. II, p. 482, Ed. Plus Ultra, Bs. As. 1987; CARL FRIEDRICH, *El hombre y el gobierno*, p. 304, Ed. Tecnos, Madrid 1968.

(224) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, p. 346, ob. cit.; NÉSTOR P. SAGÜES, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I, p. 268, ob. cit.

corporarlos al texto de la Ley Fundamental, y como consecuencia de esa verificación, entendieron que esos tratados internacionales sobre derechos humanos no derogaban parte alguna de la Constitución, y ese juicio formulado por el órgano constituyente no puede ser desconocido por los poderes constituidos.

Debido a su carácter dogmático, no compartimos la opinión expuesta. Ella veda toda posibilidad de analizar la validez de las normas incorporadas por la Convención Reformadora de 1994, y se contradice con la argumentación expuesta por la Corte Suprema en el caso "Fayt" (225).

Por otra parte, los fundamentos citados en los párrafos anteriores, ¿son aplicables a los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados con posterioridad a la reforma constitucional? Entendemos que no, porque ellos no fueron objeto de la presunta verificación que habría efectuado la Convención Reformadora, sino de un análisis realizado por los órganos legislativo y ejecutivo cuya actuación está sujeta al control de constitucionalidad del poder judicial.

Después de la reforma de 1994, los tratados sobre derechos humanos que fueron aprobados con la mayoría especial del art. 75, inc. 22, son la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por las leyes 24.556 y 24.820, y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por las leyes 24.584 y 25.778.

Respecto de estos últimos, se podría entender que, por el hecho de no haber sido convalidados por una convención constituyente, estarían en un nivel jerárquico inferior a los tratados internacionales sobre derechos humanos previstos en el art. 75, inc. 22, de la Constitución. Esta hipótesis sería aceptable si compartiéramos el criterio citado de algunos de los ministros de la Corte Suprema (226). Sin embargo, como la norma constitucional permite la denuncia de los tratados que enumera, sobre la base de una mayoría igual a la requerida para la aprobación de nuevos tratados sobre derechos humanos, la relación jerárquica se diluye quedando, ambas categorías, en un plano de igualdad.

Esto significa que, si las cláusulas de un tratado sobre derechos humanos son incompatibles con las de otro, se deberá otorgar preferencia al que tenga aprobación más reciente y siempre que sus

---

(225) Fallos CS 322:1616; LA LEY, 1999-F, 33 y 2000-C, 543.

(226) Fallos CS 319:3148 y 3241; 321:885.



contenidos resulten más favorables para la dignidad y libertad de las personas, con los límites resultantes de la Constitución. Es que, como los tratados sobre derechos humanos se concretan en desarrollar los principios genéricos de la Ley Fundamental, toda interpretación y en última instancia, deberá ser efectuada a la luz de ella.

Tal fue la postura adoptada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en su dictamen del 7 de diciembre de 2004 (227). Ese dictamen dice así:

*"I. Antecedentes*

*Si bien el fallo plantea una gama amplia de cuestiones, la deliberación se centró en dos aspectos:*

*a) Irretroactividad de la ley penal, que el Considerando 22 del voto de la mayoría expone del siguiente modo:*

*"Que en razón de que la aprobación de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" y su incorporación con jerarquía constitucional (ley 25.778) se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa corresponde examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita se aplicaría al sub lite retroactivamente o si ello lesiona el principio nulla poena sine lege".*

*b) Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos en el orden jurídico argentino, especialmente en cuanto el Considerando 38 del voto de la mayoría expresa:*

*"Que, en tales condiciones, a pesar de haber transcurrido el plazo previsto por el art. 62, inc. 2° en función del art. 210 del Código Penal corresponde declarar que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico*

---

(227) El dictamen se basó sobre el informe presentado por el Instituto de Derecho Constitucional de esa Academia Nacional el 16 de noviembre de 2004. Fue compartido, entre otros integrantes de ese Instituto, por su presidente, Juan R. Aguirre Lanari, y los miembros Beatriz Alice, Gerardo Ancarola, Gregorio Badeni, Alberto Dalla Vía, Rodolfo Díaz, Horacio García Belsunce, María Angélica Gelli, Gustavo Hornos, Eugenio Palazzo, Alberto Rodríguez Galán y Alfonso Santiago. El informe concluye destacando que "La Convención es un tratado internacional con jerarquía constitucional, que según el artículo 77 inciso 22, no deroga ningún artículo de la primera parte de la Constitución. Esa norma preserva la vigencia de la primera parte de la Constitución frente a cualquier eventual colisión con un tratado internacional. En el caso la colisión se da y la vigencia del artículo 18 debe ser garantizada".

*interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" (leyes 24.584 y 25.778)".*

## II. Comentario

1. *La sentencia fue dictada por una mayoría de cinco votos contra tres; pero en lo que hace a los fundamentos la situación es distinta: cuatro jueces fundaron su decisión en la aplicación no retroactiva de normas consuetudinarias del Derecho de Gentes y uno en la aplicación retroactiva de la Convención arriba mencionada.*

2. *Existen leyes y tratados que imponen la imprescriptibilidad de determinados delitos para el futuro, cuestión de naturaleza opinable. Pero los regímenes de prescripción, una vez vigentes integran el concepto de "ley penal" a los efectos de la garantía constitucional del artículo 18, y no pueden ser afectados retroactivamente por una norma — ley o tratado— posterior al hecho de la causa; esa ha sido la doctrina de la Corte desde el fallo "Mirás".*

*La norma que establece la imprescriptibilidad de los denominados "crímenes de lesa humanidad" es la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", que fue firmada en noviembre de 1968. La Argentina la aprobó por ley 24.584 veintisiete años después, en noviembre de 1995; pero el depósito del instrumento ratificatorio —que perfeccionó jurídicamente la adhesión del país al tratado— no fue realizado sino hasta agosto de 2003, con el dictado del Decreto 589/03; y recién se le dio jerarquía constitucional en setiembre de 2003, por ley 25.778.*

*Sin embargo, en "Arancibia Clavel" la Corte consideró imprescriptible la acción penal con relación a hechos ocurridos el 30 de setiembre de 1974, veintinueve años antes de que la Convención que establece la imprescriptibilidad se incorporara al orden jurídico argentino.*

3. *A fin de evitar la objeción de estar aplicando retroactivamente una ley penal, los cuatro jueces que fundan su voto en normas consuetudinarias del Derecho de Gentes, afirman que al momento de los hechos había normas consuetudinarias de ius cogens vigentes que establecían "desde tiempo inmemorial" la imprescriptibilidad de delitos de este tipo. Sin embargo, el intento no resulta exitoso: el instituto de la prescripción está contenido en el concepto de "ley penal" a los efectos de las garantías constitucionales; y la costumbre —por internacional que sea— no es una fuente del derecho aceptable en ese campo.*

*El texto del artículo 18 de la Constitución es expreso: "Ningún habitante de la Nación Argentina puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso". El principio de legalidad reserva lo penal a la Ley en estricto sentido material y formal, es decir a normas jurídicas dictadas por el Congreso de la Nación a través del procedimiento constitucionalmente establecido. Las otras fuentes del derecho tienen su lugar en el orden jurídico; pero no es aquí.*

*Este principio tiene ilustre prosapia y compañía al Estado Constitucional de Derecho desde su nacimiento; ya Cesare Beccaria decía: "Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa a toda la Sociedad unida por el contrato social".*

*4. El quinto voto de la mayoría intenta sortear el escollo de la Constitución por otra vía: trata de evitar la objeción de inaceptabilidad de la costumbre como fuente del derecho penal aplicando retroactivamente la Convención de Imprescriptibilidad. Pero este intento tampoco es exitoso; los argumentos de oportunidad a los que apela son insuficientes para superar la objeción: la ley penal debe ser previa, "anterior al hecho del proceso", en palabras de la Constitución.*

*No parece necesario referir aquí antecedentes doctrinarios ni jurisprudenciales del principio "nullum crimen sine lege", pero sí es del caso traer a colación dos consideraciones volcadas en los votos en disidencia de este mismo fallo, para fundar la inaplicabilidad retroactiva de la Convención: la primera es la mención a la reserva establecida por el artículo 4º de la ley 23.313 a la adhesión argentina al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sujeta su aplicación a lo establecido por el artículo 18 de la Constitución; y la segunda es la referencia a que, por imperio de sus artículos 27 y 75, inc. 22, los tratados internacionales con jerarquía constitucional no derogan artículo alguno de su primera parte.*

*5. Existe un claro obstáculo constitucional a la aplicación retroactiva de la ley penal; y el principio de reserva legal opone un reparo constitucional insalvable a la costumbre como fuente de la pretensión punitiva del Estado. Y—como se ha señalado— el fallo en análisis adolece de inconsistencia entre mayoría de decisión y mayoría de fundamentos.*

*En efecto: cuatro jueces, para no violar el principio de irretroactividad, fundan su decisión en la costumbre; con lo que violan el principio de legalidad. El quinto juez, para no violar el principio de legalidad, aplica una Convención internacional incorporada al derecho argentino con posterioridad al hecho del proceso; con lo que viola el principio de irretroactividad.*

6. El status jurídico de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" está determinado por el artículo 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna, que establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos por ella reconocidos".

7. Es relevante para el análisis de este fallo la interpretación que uno de los jueces concurrentes a la mayoría realiza de la frase "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución". Sostiene —con cita del precedente "Monges"— que ese texto "indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir".

Ello lo lleva a concluir que la Corte "no tiene jurisdicción para enervar la vigencia de normas que han sido jerarquizadas constitucionalmente en virtud de un procedimiento establecido en la misma Constitución", ya que "si los tratados con jerarquía constitucional tuviesen rango inferior a la Constitución debería declararse su inconstitucionalidad en caso de colisión. Pero tal colisión —concluye— no puede suscitarse". Sin embargo, en el caso la colisión se produce y el argumento del voto en comentario no la resuelve.

8. El lenguaje de la Constitución es lenguaje jurídico y no debe reducirse a lenguaje informativo. Cuando la constitución dice "no derogan artículo alguno" no nos está informando la comprobación de un hecho; está estableciendo una norma. Es el mismo caso del artículo 15, cuando dice "en la Nación Argentina no hay esclavos..."; no está informando la inexistencia fáctica de personas sujetas a esa servidumbre; está aboliendo la esclavitud.

El texto del art. 75, inc. 22, no nos está informando de cierta actividad intelectual realizada por los convencionales; está preservando la vigencia de todos los artículos de la primera parte de la Constitución frente a cualquier eventual colisión con un tratado internacional que, por el mecanismo previsto, se incorpore a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional.

Garantizar esa vigencia, sí está en el ámbito del control judicial de constitucionalidad.

### III. Conclusiones

1. El fallo fue decidido por una mayoría de 5 a 3, pero sólo 4 jueces coincidieron en los fundamentos. Esta disparidad de fundamentos

pone en cuestión la aplicabilidad de su doctrina y su valor como precedente.

2. La prescripción de la acción penal no es una garantía constitucional, pero integra el concepto de "ley penal" y no puede ser afectada retroactivamente. La "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", es posterior al hecho de la causa.

3. Existe obstáculo constitucional a la aplicación retroactiva de la ley penal y a la costumbre como fuente de la pretensión punitiva del Estado. Cuatro jueces fundan su decisión en la costumbre, con lo que violan el principio de legalidad; el quinto aplica una Convención posterior, con lo que viola el principio de irretroactividad.

4. La Convención es un tratado internacional con jerarquía constitucional, que según el artículo 75, inc. 22, no deroga ningún artículo de la primera parte de la Constitución. Esa norma preserva la vigencia de la primera parte de la Constitución frente a cualquier eventual colisión con un tratado internacional. En el caso la colisión se da y la vigencia del artículo 18 debe ser garantizada" (228).

Ese dictamen, emitido con motivo del caso "Arancibia Clavel", fue ratificado por el emitido por esa Corporación el 25 de agosto de 2005 a raíz de las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia en los casos "Espósito" y "Simón". Destacó que:

"Ante la doctrina judicial sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas "Arancibia Clavel" (que motivó el dictamen de esta Corporación de fecha 7 de diciembre de 2004), "Espósito" y "Simón", en las que el Alto Tribunal se pronunció a favor de la primacía de los tratados y convenciones de derechos humanos sobre la Constitución Nacional, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires considera necesario expresar su opinión y dictamina:

1. El art. 75, inc. 22, 2º párrafo de la Constitución Nacional establece que los tratados y convenciones de derechos humanos que allí se mencionan tienen jerarquía constitucional, pero siempre que cumplan tres requisitos:

a) En las condiciones de su vigencia (reservas y cláusulas interpretativas que introdujo el gobierno argentino en el momento de su ratificación).

---

(228) Alberto Rodríguez Galán, Académico Presidente; Juan R. Aguirre Lanari, Académico Director - Instituto de Derecho Constitucional.

b) *No derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución.*

c) *Sólo pueden tomarse como complemento de los derechos y garantías constitucionales para la interpretación de los mismos. Tanto es así que, en el seno de la Convención Constituyente de 1994, la Comisión de Integración y Tratados Internacionales había redactado un proyecto por el que daba primacía absoluta a los tratados por sobre el derecho interno, es decir que establecía el suprainternacionalismo. Pero fue cambiado por el texto del art. 75, inc. 22 vigente. Este, obviamente, tiene una redacción muy distinta a la del proyecto de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales.*

2. *El art. 27 de la Constitución Nacional no ha sido derogado ni se encuentra subordinado a los tratados internacionales. Por otra parte, los propios tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, 2° párrafo establecen los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal, ley penal más benigna, cosa juzgada, derechos adquiridos, etc. Más aún, uno de ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha dado jerarquía constitucional al principio de ley penal más benigna, que hasta entonces sólo tenía nivel legal (art. 2° del Código Penal).*

3. *Los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal, ley penal más benigna, cosa juzgada, derechos adquiridos, no sólo están en el texto de la Constitución Nacional, sino en su espíritu y, más aún, constituyen la esencia del constitucionalismo clásico de los siglos XVIII y XIX. Principios que no han sido modificados por las etapas posteriores del constitucionalismo, que tienen varios siglos de vigencia y que nunca han sido cuestionados.*

4. *La Convención sobre imprescriptibilidad de las penas, a la que en el año 2003 se le otorgó jerarquía constitucional, de conformidad con el art. 75, inc. 22, 3° párrafo de la Constitución Nacional, obtuvo esa calidad por el Congreso que, por emanar de un poder constituido, no puede alterar las prescripciones que la propia Constitución (poder constituyente) dispone que no se pueden derogar, entre las cuales se encuentran los principios de nuestro derecho público constitucional antes enunciados, cuyo rango es superior a tenor del art. 27 de la Constitución Nacional.*

5. *La doctrina judicial que asigna primacía a los tratados de derechos humanos y a la costumbre internacional sobre las normas de la Constitución Nacional implica conculcar su art. 31, que establece el orden de prelación jurídica del sistema normativo argentino, y si aceptáramos que la reforma constitucional ha modificado dicho art. 31, la reforma sería nula de nulidad absoluta, porque así lo disponen los*

*arts. 6° y 7° de la ley 24.309 que convocó a la Convención reformativa y que disponen que ella no puede introducir modificación alguna en la primera parte de la Constitución (arts. 1° al 35 inclusive), lo que así corresponde de lege ferenda.*

*Buenos Aires, 25 de agosto de 2005*"(229).

Compartimos las decisiones adoptadas por tan prestigiosa institución científica.

En síntesis, debido a las disposiciones contenidas en el art. 75, incs. 22 y 24, consideramos que la escala jerárquica resultante del art. 31 de la Ley Fundamental es la siguiente:

- 1) La Constitución Nacional.
- 2) Los tratados internacionales sobre derechos humanos mencionados en el art. 75, inc. 22, y los que apruebe el Congreso por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada una de sus cámaras.
- 3) Los tratados sobre derechos humanos aprobados por simple mayoría.
- 4) Los tratados de integración que cumplen con los requisitos impuestos en el art. 75, inc. 24. Entre ellos, figura el respeto a los derechos humanos que determina la supremacía de los tratados citados en el punto anterior.
- 5) Los restantes tratados internacionales.
- 6) Las normas dictadas por las organizaciones supraestatales citadas en art. 75, inc. 24.
- 7) Las leyes del Congreso.

## 96. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El principio de la supremacía constitucional, que subordina la validez de las normas jurídicas a su adecuación formal y sustancial a las disposiciones contenidas en la ley fundamental, carecería de relevancia práctica si estuviera desprovisto de alguna técnica apropiada para hacerlo efectivo frente a un tratado, una ley, decreto del poder ejecutivo, sentencia judicial, acto administrativo o actos de los particulares que estén en pugna con la Constitución.

---

(229) *Alberto Rodríguez Galán, Académico Presidente; Juan Carlos Cassagne, Académico Secretario.*

No resulta suficiente con proclamar dogmáticamente la supremacía de la Constitución, sino que además es necesario establecer algún procedimiento que permita su instrumentación y determinar cuál será el órgano que tendrá a su cargo velar por la aplicación de aquel principio.

El control de constitucionalidad tiene por objeto verificar, en cada caso concreto, si una norma jurídica de jerarquía inferior responde a las directivas resultantes de una norma superior de la cual depende la validez de la primera. La concordancia de un acto administrativo con el decreto sobre el cual se sustenta, o del decreto dictado en virtud de las prescripciones contenidas en una ley, son materias propias del control de constitucionalidad en virtud del orden jerárquico establecido por la Constitución.

Si frente a las violaciones constitucionales no existiera algún procedimiento idóneo para restablecer el orden constitucional descalificando el acto lesivo para la Ley Fundamental, se estaría desconociendo la separación que media entre el poder constituyente y los poderes constituidos, la división de los poderes constituidos, la distinción entre el poder constituyente originario y derivado, que son algunas de las técnicas forjadas por el movimiento constitucionalista para preservar la libertad y dignidad del ser humano dotando de seguridad jurídica a las relaciones sociales.

En definitiva, sin un efectivo control de constitucionalidad el ejercicio del poder se torna autocrático al estar desprovisto de límites efectivos para su desenvolvimiento.

## 97. SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La sistematización de los procedimientos de control de constitucionalidad permite agruparlos en dos grandes categorías, que son el control político y el control judicial.

El control político consiste en asignar a un órgano de naturaleza política, ya sea ordinario o extraordinario, la función de velar por la supremacía de la Constitución.

En cambio, en el sistema de control judicial esa función le corresponde a un organismo jurisdiccional, común o específico.

Los sistemas judiciales de control se subdividen a su vez en difusos o concentrados, según exista o no pluralidad de órganos encargados de ejercer la función.

Asimismo, y teniendo en cuenta la forma en que se plantea la cuestión constitucional, los sistemas judiciales pueden ser incidentales o por vía principal.



Finalmente, considerando los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, los sistemas judiciales pueden ser declarativos o constitutivos.

El órgano judicial o político al cual se le confiere la potestad de ejercer el control de constitucionalidad, asume el rol de guardián de la ley fundamental.

## 98. CONTROL POLÍTICO

En los sistemas políticos de control de constitucionalidad, la función de velar por la supremacía de la constitución es asignada a un órgano ordinario o especial de carácter político.

Si bien el análisis de la concordancia entre una norma inferior y otra superior es una tarea técnica y esencialmente jurídica, los efectos de una declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad son de naturaleza política por las consecuencias que deparan para la conformación del orden jurídico. Tal circunstancia avalaría la razonabilidad del control político.

Históricamente, los sistemas políticos de control de constitucionalidad precedieron a los sistemas judiciales. En el curso de los siglos XVII y XVIII, el enfrentamiento político producido en algunos países entre la corona y el parlamento o asamblea, culminó con la consagración de la superioridad de este último mediante la absorción de ciertas potestades políticas traducidas en funciones constituyentes, legislativas y de control. Pero la función jurisdiccional, que en algunos casos permaneció en la órbita del poder de prerrogativa de la corona, fue circunscripta a la solución de las controversias entre particulares sin ser extendida a las que se producían entre éstos y el Estado, y menos aun a las que se suscitaban entre los órganos políticos del gobierno.

No se concebía que las funciones políticas del gobierno, ejercidas por los representantes de la voluntad del pueblo, pudieran quedar sujetas al control de los órganos judiciales dependientes de la corona. En esta concepción, sobre la cual gravitó decisivamente el pensamiento de Rousseau, la asamblea o el parlamento, en su carácter de expresión de la voluntad general, mal podía generar normas contrarias al interés general y por ende inconstitucionales (230). La fe ciega y abstracta en el acierto de la voluntad general impedía

---

(230) De todas maneras, Rousseau, inspirado por los éforos espartanos, había propiciado crear un tribunado encargado de velar por la supremacía de la Constitución.

visualizar la posibilidad de que fueran sancionadas leyes inconstitucionales.

Sin embargo, la idea de que la vigencia plena de una constitución rígida requería necesariamente de una autoridad dotada del poder de anular los actos que le fueran contrarios, se impuso progresivamente, aunque asignando tal función a un órgano de naturaleza política. Así, la Constitución francesa de 1852 estableció que todas las leyes debían ser sometidas al Senado antes de su promulgación, para que éste examinara su constitucionalidad. Asimismo, correspondía al Senado anular por inconstitucionales todos aquellos actos que le eran sometidos a su consideración por el gobierno o a pedido de los particulares.

En la Constitución de Francia de 1852 había influido el pensamiento de Benjamín Constant. Este prestigioso pensador había propuesto ampliar la división tripartita de los poderes constituidos mediante la creación de un cuarto poder que sería árbitro de los conflictos políticos y constitucionales que se presentaran entre los restantes poderes gubernamentales. El poder moderador propuesto por Constant en 1814 residía en el rey, quien debía resolver las controversias que se suscitaban entre los demás poderes.

La idea del poder moderador de Constant inspiró a los constituyentes del Brasil, quienes, en la Carta Constitucional de 1824, otorgaron al emperador la facultad de velar por la supremacía constitucional. Otro tanto aconteció con la Constitución de México de 1836, al crear un Supremo Poder Conservador encargado de declarar la inconstitucionalidad de los actos de alguno de los órganos del gobierno, previa petición de cualquiera de los restantes.

En la constitución alemana de Weimar de 1919 el control de constitucionalidad estaba a cargo del presidente del Reich. En la práctica, este sistema fracasó estrepitosamente. La crisis económica y la situación de emergencia que sobrevino a la Primera Guerra Mundial, determinaron que la actuación del presidente dejara de ser neutral y que le otorgara preferencia a los sectores políticos mayoritarios en el parlamento, o a los provenientes de su partido político, para dilucidar la validez de las normas constitucionales. Es un antecedente valioso para sostener la inconveniencia del control político de constitucionalidad.

En el Derecho Constitucional moderno, el sistema político de control de constitucionalidad más significativo fue el establecido por la Constitución francesa de 1958. El control de constitucionalidad es ejercido por el Consejo Constitucional, que es un organismo político integrado por nueve personas que duran en sus cargos nueve años y se renuevan por tercios cada tres años. Un tercio de sus integrantes

es nombrado por el presidente de la Asamblea Nacional, otro tercio por el presidente del Senado, y el restante por el presidente de la República. También forman parte de este organismo, aunque en forma vitalicia, los ex presidentes de la República.

El control de constitucionalidad en Francia es preventivo y funciona respecto de: 1) las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, que antes de su promulgación, deben ser sometidas al Consejo Constitucional para que se expida sobre su constitucionalidad; 2) las leyes ordinarias, que antes de su promulgación deben ser analizadas por el Consejo Constitucional si así lo solicita el presidente de la República, el primer ministro o el presidente de alguna de las cámaras del Parlamento.

Las decisiones del Consejo Constitucional son definitivas e inapelables. Sin embargo, su intervención está vedada cuando se trata de leyes que son sometidas a un referéndum. En este último caso, el control de constitucionalidad no es aplicable.

Las diferencias sustanciales entre el sistema francés y el argentino, que es eminentemente judicial, son las siguientes: 1) En Francia lo ejerce un órgano político especial; en Argentina cualquier tribunal judicial ordinario. 2) En Francia el control es previo a la sanción de la ley; en Argentina es posterior a la sanción de la ley y se ejerce con motivo de su aplicación a un caso concreto. 3) En Francia los particulares no pueden acudir al Consejo Constitucional demandando la inconstitucionalidad de una norma; en Argentina lo pueden hacer los particulares como titulares de los derechos subjetivos lesionados por las leyes. 4) En Francia la declaración de inconstitucionalidad impide la promulgación y entrada en vigencia de una ley; en Argentina la declaración de inconstitucionalidad no deroga la ley, sino que impide su aplicación al caso concreto.

El sistema político del control de constitucionalidad respondió históricamente al propósito de afianzar la vigencia de las instituciones públicas de una democracia constitucional, y evitar la restauración de los regímenes monárquicos absolutistas. Esa finalidad primordial se materializaba mediante la implantación de un sistema de control establecido en interés de los poderes públicos y para evitar la producción de conflictos entre ellos.

La defensa de las libertades del ser humano, esencia fundamental del sistema democrático constitucional, quedaba relegada a un plano secundario en los mecanismos de control. Pero ello no obedecía a una desjerarquización de esas libertades, sino a que se consideraba inadmisibles que la acción de los poderes públicos pudiera resultar lesiva para ellas.

Respondiendo a esa concepción, la Constitución de Pennsylvania de 1776, a igual que la Constitución del Estado de Nueva York de 1777, establecieron mecanismos de naturaleza política para recomendar la derogación de las normas que reputaban inconstitucionales, o para revisar los proyectos de leyes vetando aquellos que eran opuestos a la ley fundamental.

La implantación de los mecanismos de control en salvaguarda de los intereses de los poderes públicos, que caracterizan a los sistemas políticos de control de constitucionalidad, se proyectan muchas veces sobre otros instrumentos de control. Es lo que acontece en Francia con la institución del *mediateur*, creada en 1973 como expresión del tradicional *ombudsman* escandinavo. Este funcionario, nombrado y removido por el Consejo de Ministros, no recibe directamente las quejas de los particulares, quienes deben plantearlas ante algún legislador. Solamente si el legislador las considera razonables procederá a trasladarlas al *mediateur*. Asimismo, en materia administrativa, las decisiones del Consejo de Estado, órgano de carácter político, cuando se impugna la legalidad de un acto administrativo, no son susceptibles de revisión judicial.

A partir de mediados del siglo XIX, y con mayor amplitud en el curso del siglo XX, casi todos los países se han apartado del sistema político de control de constitucionalidad, adoptando sistemas judiciales, ya sea en forma plena o parcial. Estos últimos se consideran más eficaces para hacer efectivo el principio de supremacía constitucional.

Sin embargo, y al margen del caso específico de Francia, algunas constituciones, como la de Ecuador de 1946, establecieron sistemas políticos reservando al órgano legislativo ordinario la función de pronunciarse por la inconstitucionalidad de las normas jurídicas. Otro tanto aconteció con los sistemas autocráticos, donde en casi todos los casos fueron implantados sistemas políticos de control de constitucionalidad. Así lo establecieron las constituciones de la Unión Soviética a partir de 1936 y las constituciones de sus países satélite, tales como Bulgaria (1971), Rumania (1965), Checoslovaquia (1960), Polonia (1952) y, aunque al margen de la influencia política que en su momento ejerció la Unión Soviética, la República Popular China (1954).

## 99. CONTROL JUDICIAL

La generalidad de los autores y de las constituciones modernas se inclinan decisivamente por un sistema judicial de control de constitucionalidad. Si bien ese control tiene efectos políticos, su con-

tenido constituye una tarea esencialmente jurídica que incumbe al órgano mejor capacitado en esa materia.

El control de constitucionalidad no consiste en analizar las bondades o defectos de una ley, así como tampoco su utilidad o conveniencia, que son funciones reservadas a los órganos políticos. Consiste, simplemente, en verificar jurídicamente si media o no oposición con los principios contenidos en la Constitución.

Los sistemas judiciales de control comenzaron a desarrollarse en los Estados Unidos a fines del siglo XVIII. Fueron secuela de la raíz del movimiento revolucionario de ese país, que se tradujo en el enfrentamiento entre el pueblo y el parlamento británico. El desprestigio de este último y su sustitución por el Congreso, condujo a reducir sensiblemente sus atribuciones en materia judicial y de control. Asimismo, y para corregir los abusos que generaba el ejercicio del poder, se aceptó que los controles políticos eran sensiblemente menos eficaces que el control judicial.

Si bien la Constitución de los Estados Unidos no establece expresamente el sistema judicial de control, la doctrina desarrollada por los tribunales de los Estados y la expuesta por el juez Marshall en el caso "Marbury vs. Madison", de 1803, reivindicó la atribución de los magistrados judiciales para controlar la constitucionalidad de los actos dictados por los órganos políticos del gobierno. Es que si la función de los jueces es aplicar la constitución y sus normas reglamentarias, y si sólo merecen llamarse leyes o decretos aquellas normas que en sus ámbitos de competencias se adecuan a la ley fundamental, los jueces tienen el deber de abstenerse de aplicar todas aquellas normas que no son leyes ni decretos por el simple hecho de estar en colisión con la constitución.

Esto no significa que los órganos políticos del gobierno estén subordinados al poder judicial, o que éste se encuentre subordinado a los órganos políticos. Esa subordinación solamente existe con motivo del ejercicio de atribuciones propias y exclusivas de alguno de estos poderes, pero no porque alguno de ellos sea superior en jerarquía. Todos los poderes están en un plano de igualdad, pero también en un plano de subordinación cuando se trata de funciones que la constitución les asigna exclusivamente.

Los órganos a los cuales la constitución encomienda el ejercicio del poder estatal, son organismos coordinados del gobierno que tienen igual jerarquía. Cada uno de ellos es independiente y supremo en el ejercicio de sus funciones propias. La Constitución distribuye los poderes del gobierno, sin subordinar a ninguno de sus órganos a los demás cuando ejerce los poderes que le han sido confiados. Los

jueces están habilitados para declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, pero no porque el poder judicial sea superior en abstracto a los otros órganos gubernamentales, sino porque es su deber aplicar la constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten, siempre que no estén en conflicto con ella.

Al ejercer el control, los jueces no desempeñan funciones propias de los órganos legislativo o ejecutivo. Ellos no revisan los contenidos políticos de los actos emanados de esos órganos en cuanto a sus defectos o desaciertos, sino solamente si ellos, en su forma y esencia, se adecuan a la ley fundamental.

Los sistemas judiciales de control de constitucionalidad no son uniformes. La característica común a todos ellos reside en atribuir el ejercicio del control a un organismo de naturaleza jurisdiccional. Sin embargo, presentan variadas e importantes diferencias que pueden ser sistematizadas en cuatro aspectos.

En primer lugar, con relación a la estructura del órgano judicial que ejerce el control de constitucionalidad. Así, en el sistema europeo o concentrado, el control se encomienda a un organismo judicial especial que funciona independientemente de los tribunales ordinarios. Negando ese atributo a los tribunales ordinarios se procuran reducir los riesgos de una eventual politización del poder judicial con motivo del control que se ejerce sobre los órganos políticos. En cambio, en el sistema americano o difuso, el control lo ejercen todos los tribunales ordinarios cuando son convocados para desarrollar su función jurisdiccional en las controversias sometidas a sus decisiones.

En segundo lugar, con relación a las partes autorizadas para plantear la cuestión de constitucionalidad ante el tribunal judicial. Las partes legitimadas pueden ser, según la reglamentación de cada sistema, algún órgano oficial, las personas involucradas en un proceso judicial que tienen interés legítimo y directo en la declaración de inconstitucionalidad, cualquier órgano o persona aunque la cuestión debatida no guarde relación con sus derechos subjetivos, o el propio juez actuando de oficio.

En tercer lugar, con respecto al procedimiento que se debe seguir para hacer efectivo el ejercicio del control de constitucionalidad, éste puede ser incidental o directo. El control se ejerce por vía incidental cuando se concreta en el curso de un proceso judicial de carácter común donde su solución, en forma total o parcial, depende de la aplicación de la norma tachada de inconstitucionalidad. El control se ejerce por vía principal o directa cuando se concreta en un proceso especial, en el cual solamente se debate la constitucionalidad de una

norma con prescindencia de su aplicabilidad a un caso concreto litigioso.

En la generalidad de los sistemas americanos o difusos, el control de constitucionalidad se ejerce por la vía incidental. En cambio, en los sistemas europeos o concentrados, el control se materializa por una vía principal. Sin perjuicio de ello, en algunos sistemas concentrados, como los que rigen en Alemania e Italia, el control de constitucionalidad se puede plantear tanto por la vía principal como por la vía incidental.

En cuarto lugar, con respecto a los alcances de las potestades conferidas al órgano judicial cuando practica el control de constitucionalidad, ellas se relacionan con las consecuencias que acarrea. Se traducen en los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, que pueden consistir en la anulación o derogación de la norma jurídica en cuestión porque tendrá efecto *erga omnes*, o simplemente en negar su aplicación al caso concreto sometido a la consideración del tribunal, pero sin que ello importe la derogación de la norma, cuya vigencia subsiste.

La generalidad de los autores destacan las bondades que presenta el sistema judicial de control frente a los sistemas políticos. La intervención de un organismo judicial asegura la capacitación técnica en la resolución de cuestiones sustancialmente jurídicas. Además, su independencia formal de los órganos políticos y de los intereses que determinan su actuación, permite preservar eficazmente la supremacía de la constitución, descalificando el ejercicio abusivo del poder en que pueden incurrir aquellos organismos.

Sin embargo esta característica no se presenta, con la intensidad requerida, en aquellos sistemas judiciales concentrados cuando, para la integración del órgano que ejerce el control de constitucionalidad, prevalecen los componentes políticos sobre los judiciales. En tales casos, el sistema de control de constitucionalidad, guarda mayor afinidad con el control político.

## 100. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA ARGENTINA

El sistema de control de constitucionalidad organizado por la Ley Fundamental para la aplicación práctica del principio establecido en su art. 31, es el sistema judicial americano.

El órgano que tiene a su cargo el control de constitucionalidad es el poder judicial. Todos los jueces, cualquiera sea la jerarquía del tribunal que integren, tienen el deber de velar por la supremacía cons-

titucional, declarando la inaplicabilidad —como sinónimo de inconstitucionalidad— de todas aquellas normas jurídicas que no están conformes con los principios contenidos en la Ley Fundamental y con la escala jerárquica de su art. 31.

Al decidir el caso "*Municipalidad v. Elortondo*" (231), la Corte Suprema dispuso "*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*".

Con anterioridad, en el caso "*Calvete*", nuestro Alto Tribunal sostuvo que era "*el intérprete final de la Constitución, por cuya razón siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas y la decisión sea contra el derecho que en ella se funda, aunque el pleito haya sido resuelto en un tribunal del fuero común, la sentencia está sujeta a la revisión de la Suprema Corte*" (232), criterio que fue reiterado en varios pronunciamientos (233).

Esa doctrina, expuesta desde 1864, fue mantenida invariablemente. Se trata de una facultad y deber que recae, no solamente sobre los jueces nacionales o federales de cualquier instancia, sino también sobre los jueces provinciales. En el caso "*Egües*" (234), la Corte reiteró tal principio destacando que, los jueces provinciales, están habilitados para efectuar el control de constitucionalidad sobre cuestiones federales, sin perjuicio de que ellas puedan eventualmente ser sometidas a su conocimiento por vía del recurso extraordinario. Igual criterio siguió en los casos "*Wiltem Covaci*" (235) y "*Antonio González*" (236).

Los restantes órganos del poder, y dentro del marco de sus competencias constitucionales, pueden calificar como carente de validez constitucional a una norma jurídica. En cierto modo, tanto el órgano legislativo como el ejecutivo tienen el deber de velar por la constitucionalidad de los actos que dictan, porque no se concibe el funcionamiento deliberado de los mismos al margen de la Constitución. Así, el Congreso puede derogar una ley por considerarla inconstitucional, y otro tanto el poder ejecutivo respecto de un decreto.

---

(231) Fallos CS 33:162.

(232) Fallos CS 1:548.

(233) Fallos CS 12:155 y 18:172, entre otros.

(234) Fallos CS 321:562; LA LEY, 1998-E, 231; DJ, 1991-1-778.

(235) Fallos CS 323:477.

(236) Fallos CS 323:518; LA LEY, 1991-B, 207; LLC, 1991-593.



El sistema judicial de control no es concentrado sino difuso. Cualquier juez puede declarar inconstitucional una norma, sin perjuicio de que, cumplidos los recaudos procesales pertinentes, su decisión resulte confirmada o revocada por un tribunal jerárquicamente superior. En tales casos, la decisión final corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por tratarse de un sistema de control difuso, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en principio no son estrictamente vinculantes para los jueces inferiores. Declarada la inconstitucionalidad de una norma por la Corte Suprema, ella conserva su vigencia y puede ser aplicada por los jueces inferiores a los casos similares o análogos que se les presenten en lo sucesivo.

Sin embargo, por una razón de orden práctico y de economía procesal, los jueces deben acatar la doctrina judicial de la Corte Suprema, pudiendo dejar a salvo su opinión en contrario, a menos que incorporen nuevos argumentos que permitan efectuar un replanteo de la cuestión (237).

El procedimiento previsto en el orden nacional por las leyes reglamentarias de la Constitución es, en principio, el de la vía incidental o indirecta. A diferencia de lo que acontece en muchas provincias, donde existe una acción directa de inconstitucionalidad que se plantea ante el superior tribunal provincial, sin perjuicio de la vía incidental ante los tribunales inferiores, en el orden nacional no está prevista una vía principal destinada a obtener la declaración de inconstitucionalidad de normas generales.

Pese a ello, y en función de las características del caso, pueden ser presentadas como acciones de inconstitucionalidad las de amparo, hábeas corpus, la acción declarativa de certeza prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y los incidentes de inconstitucionalidad.

El control de constitucionalidad no solamente puede y debe ser ejercido en el curso de un proceso judicial. Cuando corresponde decidir sobre cuestiones atinentes a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, también cabe concretar el control de constitucionalidad. Así lo ha hecho la Corte Suprema, en numerosas oportunidades, mediante la emisión de Acordadas (238).

Con el propósito fundamental de evitar conflictos de poderes y una eventual politización del poder judicial, la legislación reglamentaria y la doctrina de la Corte Suprema de Justicia han establecido

---

(237) Fallos CS 212:59.

(238) Fallos CS 306:8; 318:1772; 319:24 y 2078; 323:1287.

cuatro requisitos que condicionan el ejercicio por los jueces del control de constitucionalidad. Ellos son: 1) causa judicial; 2) petición de parte; 3) interés legítimo; 4) que no se trate de una cuestión política.

No son condiciones absolutas, ya que las tres primeras admiten importantes excepciones.

### 101. CAUSA JUDICIAL

El art. 116 de la Constitución Nacional establece que la competencia de los tribunales se concreta en el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Ley Fundamental, por las leyes de la Nación y por los tratados con las naciones extranjeras.

La causa judicial es el proceso judicial en el cual los tribunales ejercen su función jurisdiccional aplicando las normas que integran el ordenamiento jurídico a los casos particulares que son sometidos a su consideración. Los jueces, como regla general, ejercen sus funciones constitucionales en el marco de un caso o controversia judicial, porque el principio de la separación de los poderes le impone al órgano judicial la permanencia en un ámbito jurisdiccional. Es, en ese marco, donde los jueces proceden a ejercer el control de constitucionalidad cuando se cuestiona la validez de una norma.

En numerosas oportunidades la Corte Suprema de Justicia decidió que los tribunales judiciales no pueden resolver cuestiones en abstracto sino casos judiciales; que los jueces no pueden valorar la inconstitucionalidad de una ley sino cuando se trata de su aplicación a los casos contenciosos; que el control encomendado a los jueces sobre las actividades legislativas y ejecutivas, requiere de la existencia de un caso o controversia judicial para la preservación de la división de los poderes; los jueces sólo pueden resolver colisiones efectivas de derechos y no hacer declaraciones generales sobre la validez constitucional de una norma (239).

Esto no significa que el control de constitucionalidad necesariamente presuponga una causa contenciosa o contradictoria. Normalmente, el control se ejerce en ellas, pero también puede desarrollarse al margen de una causa en todos aquellos ámbitos donde el poder judicial ejerce las potestades que de manera excluyente le asigna la Ley Fundamental.

---

(239) Fallos CS 1:28 y 455; 12:373; 196:131; 213:154; 242:362; 252:330; 256:110; 265:226; 286:80.

Son áreas no jurisdiccionales que competen al poder judicial, y en las cuales no pueden intervenir los restantes órganos gubernamentales. Así, las cuestiones atinentes a la administración y potestades disciplinarias del poder judicial, sus funciones de superintendencia, o las cuestiones referentes a la independencia del poder judicial, pueden ser resueltas por los tribunales sin mediar una causa judicial cuando una ley, o un decreto, afectan la competencia constitucionalmente asignada al órgano judicial.

En varias oportunidades la Corte Suprema ejerció el control de constitucionalidad sobre actos del poder ejecutivo que disponían el nombramiento o traslado de magistrados judiciales (240), en acordadas que declararon la supremacía de los arts. 108 y 110 de la Constitución frente a los actos de un gobierno de facto, o de actos legislativos que le otorgaban atribuciones extrañas a las previstas en los arts. 116 y 117 de la Ley Fundamental (241).

En síntesis, todas aquellas hipótesis donde procede constitucionalmente el desarrollo de la competencia del poder judicial, aunque no se trate propiamente de una causa judicial y aunque no medie petición de parte interesada, es viable el ejercicio del control de constitucionalidad sobre las normas que alteran la regulación resultante de la Ley Fundamental.

## 102. PETICIÓN DE PARTE Y CONTROL DE OFICIO

La actividad jurisdiccional de los tribunales respecto del ejercicio del control de constitucionalidad de una norma determinada y aplicable para resolver el caso sometido a la consideración de los jueces, está condicionado al pedido que formulen las partes intervinientes.

La petición de parte interesada significa que los jueces, debiendo resolver solamente las cuestiones que les son planteadas por las partes, no pueden controlar la constitucionalidad de una norma aplicable al caso si no media un pedido expreso en tal sentido de alguno de los protagonistas legitimados, porque se estaría vulnerando el equilibrio de poderes que debe presidir las relaciones entre los órganos gubernamentales (242).

---

(240) Fallos CS 201:239 y 245.

(241) Fallos CS 306:8.

(242) Caso "S.A. Ganadera Los Lagos c. Gobierno Nacional" (Fallos CS 190:149). En algunos pronunciamientos anteriores, aunque no en forma expresa ni avalando la viabilidad de la declaración de oficio, la Corte Suprema

Sin embargo, siendo que la función de los jueces es la de aplicar las normas jurídicas que se adecuan a la Constitución y que es un deber institucional velar por la supremacía de la Ley Fundamental, no resulta razonable que deban abstenerse de declarar su inconstitucionalidad cuando ella es manifiesta, y lesiona derechos que son irrenunciables por comprometer el orden público. Aunque las partes no lo soliciten, si para resolver el caso, en el cual están involucrados aspectos referentes al orden público, el juez tiene que aplicar una norma que considera inconstitucional, entendemos que no podría dejar de ejercer el control de constitucionalidad (243).

Si bien los jueces no pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de normas que no son aplicables a los casos que deben decidir y tampoco, como regla general, expedirse de oficio, deben velar permanentemente por la supremacía de la Constitución por cuanto todos sus poderes emanan de ella. Esto quiere decir que si el juez está persuadido de que una norma aplicable al caso carece de validez constitucional y vulnera el orden público, deberá pronunciarse de oficio sobre su inaplicabilidad aunque no medie petición de parte interesada. Caso contrario, estará participando voluntariamente en un acto que tiende a subvertir el ordenamiento jurídico previsto por la Ley Fundamental.

El control constitucional de oficio es una excepción del principio general y, por ende, de aplicación e interpretación restrictivas. Solamente es viable si, para resolver el caso, el juez no puede soslayar la aplicación de una norma manifiestamente inconstitucional y aunque ella sea invocada por las partes para sustentar sus derechos. Así como los jueces están facultados para decidir el caso apartándose de las normas jurídicas invocadas por las partes, por entender que ellas fueron citadas erróneamente o que la situación de derecho planteada está sujeta a la regulación de otra norma jurídica, también pueden declarar de oficio la inaplicabilidad de una regulación específicamente aplicable para resolver la causa por entender que ella es manifiestamente inconstitucional.

La violación legislativa de normas constitucionales permitiendo, a título de ejemplo, la implantación de la esclavitud, negando todo derecho civil a los extranjeros, estableciendo aduanas provinciales, autorizando la confiscación de bienes o prohibiendo el ejercicio de

---

dispuso implícitamente la inconstitucionalidad de ciertas normas sin petición de parte (Fallos CS 11:257; 33:162; 298:147).

(243) GUILLERMO A. LÓPEZ, *El control de constitucionalidad de oficio*, LA LEY, 2002-F, 1278.

la libertad de prensa, facultan al órgano judicial a declarar de oficio su inconstitucionalidad si, para resolver el caso concreto, deben acudir a la aplicación de ellas.

En varios pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema a partir de 1984, algunos de sus ministros aceptaron que el control de constitucionalidad podía ser efectuado de oficio, sin que con ella se vulnera el principio de la división de poderes (244). También que los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas, aunque no lo pueden hacer en abstracto, sino con referencia al caso concreto; que, como el control de constitucionalidad recae sobre cuestiones de derecho y no de hecho, los jueces pueden suplir el derecho no invocado por las partes o invocado erróneamente, porque si se produce una colisión entre dos normas deben acudir a la de mayor rango desechando a la de rango inferior (245).

En el caso *"Mill de Pereyra"* (246), la mayoría de los ministros de la Corte Suprema sostuvieron que la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de una norma no genera un desequilibrio de poderes a favor del órgano judicial, porque si tal decisión es viable de mediar petición de parte, no se advierte la razón por la cual no pueda ser efectuada de oficio cuando la invalidez de la norma es manifiesta. Agregaron que la declaración de inconstitucionalidad sólo procede cuando no existe la posibilidad de ofrecer una solución adecuada al juicio sobre la base de otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa. Pero, claro está, que esa declaración de inconstitucionalidad sólo produce efectos dentro de la causa concreta y sin provocar la derogación de la norma. No tiene efectos *erga omnes* ni puede ser una declaración abstracta.

Posteriormente, en el caso *"Banco Comercial de Finanzas S.A."*, la Corte Suprema de Justicia reiteró que *"si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erróneamente —trasuntado en el adagio iura novit curia— incluye el deber de mantener la supremacía de la Cons-*

---

(244) Fallos CS 306:303.

(245) Fallos CS 319:2867; 321:1058.

(246) Fallos CS 324:3219; LA LEY, 2001-F, 891; DJ, 2001-3-807.

*titución (art. 31 Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior" (247).*

La Corte añadió que, en tales casos, no se vulnera el derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso.

Esta excepción al principio que requiere la petición de parte interesada, y que permite la declaración de inconstitucionalidad de oficio, está condicionada a que la cuestión debatida en el proceso sea de orden público y que los derechos en juego sean irrenunciables. En tal sentido, al decidir el caso "*Cabrera*" (248), la Corte resolvió que *no podía suplir la negligencia en que había incurrido el accionante al no plantear la inconstitucionalidad de la norma en la instancia procesal oportuna, cuando ella vulnera el derecho de propiedad cuya protección es renunciable.*

En algunas constituciones provinciales se admite el control abstracto de constitucionalidad. Así, el art. 113, inc. 2º, del Estatuto de la Ciudad de Buenos Aires prevé ese tipo de control que no está destinado a obtener un pronunciamiento judicial para un caso concreto, sino la impugnación de normas generales con efectos *erga omnes*.

Ello no acontece en el orden nacional. Sin embargo, y bajo ciertas condiciones, esa vía fue adoptada por la doctrina jurisprudencial acudiendo a la acción declarativa de certeza prevista por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Establece que "*Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiese de otro medio legal para ponerle término inmediatamente*". Considerando las particularidades del caso, esta acción puede tramitar por la vía de un proceso sumarísimo o de uno ordinario.

Para el control de constitucionalidad mediante la acción declarativa de certeza se requiere que los agravios invocados no sean hipotéticos, que exista un interés del accionante real y claramente definido, y que exista un caso contencioso (249).

---

(247) Sentencia del 19 de agosto de 2004, Fallos CS 327:3117.

(248) Fallos CS 327:2905; LA LEY, 1984-B, 206.

(249) Fallos CS 307:1379 y 2384, entre otros.

El control de oficio sobre la constitucionalidad de las normas procede, de manera más amplia y no restrictiva, cuando está autorizado por la ley. El art. 6° de la ley 23.098, que regula la acción de hábeas corpus, autoriza a los jueces para declarar de oficio, y en el caso concreto, la inconstitucionalidad de una ley o decreto que, siendo contraria a la Constitución, permite la emisión de órdenes que limitan la libertad ambulatoria de una persona.

Algunos autores, mediante la interpretación del art. 43 de la Ley Fundamental consideran que si, en un proceso de amparo, el juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva, no resulta irrazonable extender a esta hipótesis la potestad de oficio que la ley prevé para el hábeas corpus (250).

Al margen del reconocimiento legal de la declaración de oficio para la acción de hábeas corpus, y de la doctrina jurisprudencial establecida en el caso "*Mill de Pereyra*" para los procesos contradictorios, en numerosas oportunidades la Corte Suprema declaró la invalidez constitucional de oficio de leyes mediante Acordadas.

Así, por Acordada del 2 de abril de 1945, declaró de oficio la invalidez de un decreto-ley dictado por el gobierno de facto por entender que, la creación de tribunales por un gobierno de esa índole, cercenando la jurisdicción de los tribunales establecidos por ley, es incompatible con las disposiciones constitucionales referentes al juez natural, con la independencia del Poder Judicial y no es indispensable para el funcionamiento del Estado (251).

El 4 de febrero de 1984, la Corte declaró la inconstitucionalidad parcial de la ley 22.192, en cuanto disponía que estaba a su cargo nombrar a los miembros de un tribunal de ética para los abogados, por considerar que esa función no estaba comprendida entre las atribuciones que le asigna la Ley Fundamental (252).

El 11 de abril de 1996 declaró inconstitucional la aplicación del impuesto a las ganancias sobre las remuneraciones de los jueces por entender que violaba la garantía de la intangibilidad de ellas que impone el art. 110 de la Constitución (253).

El 9 de febrero de 2000 dispuso la inaplicabilidad al Poder Judicial de la ley de Ética Pública 25.188, porque sometía a los jueces a una

---

(250) RICARDO HARO, *Constitución, poder y control*, p. 222, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

(251) Fallos CS 201:239.

(252) Fallos CS 306:8.

(253) Fallos CS 319:24.

Comisión creada en el ámbito del Congreso e integrada, entre otros, por un ministro de la Corte. Resolvió adecuar las disposiciones de esa ley estableciendo que, en el ámbito del Poder Judicial, su autoridad de aplicación era la Corte Suprema (254).

Aceptamos, en casos extremos o cuando están en juego principios de orden público, que la declaración de inconstitucionalidad de oficio pueda ser declarada por los jueces para preservar la supremacía de la Ley Fundamental en resguardo del orden público. Asimismo, si se trata de una causa judicial, que ella no puede ser abstracta ni tener efectos *erga omnes*. Por otra parte, y para disipar los reparos formulados a la declaración de inconstitucionalidad de oficio pronunciada en una causa judicial, en orden al resguardo del derecho de defensa en juicio, nos resulta interesante la solución propuesta por Haro. Ella consiste en que el tribunal, antes de dictar sentencia, ordene un traslado a las partes como medida para mejor proveer a fin de que se pronuncien sobre la validez constitucional de la norma que no fue cuestionada por ellas (255).

### 103. INTERÉS LEGÍTIMO

El control de constitucionalidad está condicionado a que el peticionario acredite su interés legítimo. Es necesario que la norma cuya constitucionalidad se cuestiona resulte ineludiblemente aplicable para resolver el caso y que esa aplicación lesione en forma directa y real un derecho legítimo del interesado.

Nadie puede impugnar la constitucionalidad de una norma, a menos que sus derechos estén efectivamente afectados o amenazados con la aplicación de ella. Si la parte no prueba que la aplicación de la norma tachada de inconstitucional le ocasiona un perjuicio concreto, o si pretende que esa declaración alcance a una norma que fue previamente invocada en sustento de sus derechos, los tribunales deben desestimar el pedido de inconstitucionalidad por carecer el peticionario de interés legítimo.

Las peticiones judiciales y las decisiones de los tribunales no pueden ser abstractas ni referirse a cuestiones de interés doctrinario pero carentes de aplicabilidad al caso concreto porque no se vinculan con los derechos debatidos por las partes.

---

(254) Fallos CS 323:1287.

(255) RICARDO HARO, *Constitución, poder y control*, p. 237, ob. cit.



Este principio general, elaborado por la jurisprudencia de la Corte Suprema, obedece a que nadie puede requerir el ejercicio de la potestad jurisdiccional si no acredita un interés legítimo resultante de los derechos que le son reconocidos.

Sin embargo, la ley puede formular excepciones a esta regla, otorgando legitimación a quienes no tienen un interés personal y directo, pero sí un interés indirecto por la representación que ejercen. Tal es el caso del defensor del pueblo, las asociaciones constituidas para defender derechos colectivos, el ministerio público y de cualquier persona que promueva la acción de hábeas corpus conforme al art. 5° de la ley 23.098.

Otro tanto, la promoción de la acción de amparo contra cualquier forma de discriminación, la protección del medio ambiente, la defensa de la competencia, los derechos de los usuarios y consumidores y los derechos de incidencia colectiva. Conforme al art. 43 de la Constitución, la acción puede ser ejercida, no sólo por el afectado, sino también por el defensor del pueblo y las asociaciones conformadas para la protección de alguno de esos derechos.

Pero al margen del defensor del pueblo y de aquellas asociaciones, si la acción es ejercida por particulares deben necesariamente acreditar un interés legítimo directo y personal, traducido en la posible violación de un derecho subjetivo que le otorga la ley.

Por tal razón, la Corte Suprema rechazó la acción donde un diputado nacional planteaba la inconstitucionalidad de la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional que se concretó en 1994 (256) y el requerimiento de un particular demandando, en abstracto, que el gobierno le garantizara de manera efectiva su derecho a la seguridad pública con motivo de los actos de violencia y secuestros sufridos por la población, y que habrían sido cometidos por bandas en las que participaría personal policial (257).

#### 104. LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO SON JUSTICIABLES

Las normas contenidas en una Constitución pueden ser clasificadas en preceptivas y directivas (258). Las primeras son aquellas

---

(256) Fallos CS 317:335.

(257) Fallos CS 327:2512.

(258) WALTER DODD, *Judicially Nonenforceable provisions of Constitution*, t. I, p. 356, Association of American Law Schools, Chicago 1938.

cuyo cumplimiento puede ser impuesto por un órgano gubernamental a otro que tiene reservada constitucionalmente su ejecución. Las segundas se refieren a las funciones asignadas a un órgano de manera exclusiva y carentes de un control externo.

Las denominadas *cuestiones políticas* surgen de las normas directivas, designando aquellas funciones atribuidas a los órganos políticos del gobierno que no son susceptibles de revisión y control por parte de los jueces en salvaguarda del principio de la división de los poderes.

En definitiva, las cuestiones políticas no abarcan todas las atribuciones constitucionales conferidas a un órgano político, sino solamente aquellas que revisten carácter discrecional en orden a su contenido, oportunidad y conveniencia, y que no son susceptibles de ser examinadas por los jueces sin alterar el equilibrio e independencia de los poderes consagrados en la Ley Fundamental.

Las razones que fundamentan el dictado del estado de sitio o la intervención federal, la sanción de una ley, la emisión de un decreto, la convocatoria del Congreso a sesiones extraordinarias o de prórroga, la designación o remoción de un ministro del poder ejecutivo, la declaración de guerra, la celebración de un tratado, la designación de los jueces, la amnistía, el indulto, la conmutación de penas, son algunas de las cuestiones que no pueden ser objeto de control judicial en cuanto a la oportunidad y conveniencia que determinan tales actos.

Lo que sí se puede revisar judicialmente, es el cumplimiento de los recaudos formales que condicionan la validez de tales actos y sus efectos en cuanto lesionan derechos subjetivos concretos. Pero no se puede cuestionar la potestad de emitirlos y las razones políticas que conducen a dicha emisión, que solamente son susceptibles de un control político directo o indirecto.

El acto político, que presupone una decisión política en la cual se pondera la oportunidad y conveniencia del mismo, no es revisable judicialmente. Pero los efectos de ese acto, en la medida en que afectan constitucionalmente los derechos subjetivos, sí pueden ser objeto del control de constitucionalidad. La designación de un juez con acuerdo del Senado no es revisable judicialmente, pero si el poder ejecutivo pretende asignarle a ese magistrado un tribunal que ya tiene un titular, este último verá afectado un derecho subjetivo que le permitirá requerir la descalificación judicial del acto en cuanto a sus efectos. De igual manera, no se puede cuestionar judicialmente la potestad del Congreso para sancionar una ley determinada, pero si sus efectos superan los límites del art. 28 de la Constitución afec-

tando un derecho subjetivo, los mismos sí son susceptibles de revisión judicial.

En síntesis, lo que escapa al control de constitucionalidad es solamente la revisión del juicio de valor formulado por el órgano político emisor del acto respecto de su oportunidad y conveniencia, así como también sus efectos cuando no lesionan en forma concreta y actual un derecho subjetivo.

La doctrina de las cuestiones políticas fue formulada por la Corte Suprema de los Estados Unidos al decidir, en 1803, el célebre caso "*Marbury v. Madison*".

Entre nosotros, la doctrina de las cuestiones políticas fue invocada, por primera vez, en la sentencia dictada el 24 de octubre de 1861 por el tribunal superior de la provincia de San Juan (259). Fue aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "*Cullen c. Llerena*" resuelto el 7 de septiembre de 1893 (260), con la disidencia del juez Luis V. Varela. La mayoría al desestimar el reclamo, sostuvo que el demandante requería "*una decisión de carácter general, que comprenda todo el régimen de gobierno de Santa Fe; una sentencia de naturaleza política y de efecto puramente político, controlando y revocando disposiciones y actos del poder legislativo y del poder ejecutivo de la Nación, en materia de la exclusiva competencia de dichos poderes, lo que se encuentra fuera de las atribuciones de esta Corte*". Esta doctrina sobre las cuestiones políticas fue aceptada por nuestro Alto Tribunal en numerosos pronunciamientos (261).

Sin embargo, tanto en los Estados Unidos como en la Argentina, se advierte una firme línea jurisprudencial que, con un criterio dinámico y acorde a la idea política dominante en la sociedad, tiende a reducir sensiblemente los casos que configuran tales cuestiones políticas.

Entre ellos cabe citar las cuestiones que se suscitan con motivo de la remoción de magistrados judiciales y gobernadores de provincia (262), la validez de las elecciones provinciales (263), la reforma constitucional (264) y el ejercicio, por parte de las cámaras del Con-

---

(259) LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, p. 471, ob. cit.

(260) Fallos CS 53:430.

(261) Fallos CS 54:181; 154:199; 172:366; 187:84; 285:415.

(262) Fallos CS 308:961; 310:348, 804 y 2031; 314:1723; 315:781; 316:2940; 317:874; 321:2339.

(263) Fallos CS 314:1915.

(264) Fallos CS 316:2743; 322:1616.

greso, de las prerrogativas resultantes del art. 64 de la Ley Fundamental (265), las sanciones congresuales (266). Eran cuestiones, consideradas tradicionalmente como políticas y exentas del control jurisdiccional. Su revisión, por los órganos judiciales, ha sido aceptada cuando, en el caso concreto, vulneran de manera arbitraria derechos constitucionales subjetivos del accionante.

### 105. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Constituye un grave error entender que las sentencias judiciales, particularmente si son dictadas por la Corte Suprema de Justicia, operan la derogación de una norma jurídica cuando se declara su inaplicabilidad al caso concreto por estar en pugna con la Constitución.

La función constitucional de todos los jueces es la de resolver las controversias sometidas a su consideración mediante la aplicación de las normas jurídicas, y sin perjuicio de las funciones de superintendencia.

En el marco de la doctrina de la división de los poderes constituidos, los jueces no están investidos con la potestad de sancionar leyes y de emitir decretos, así como tampoco con la de derogar esas normas. La función del juez es la de dirimir las controversias y la de consolidar situaciones jurídicas mediante la aplicación de la ley. Pueden, y a veces deben, abstenerse de aplicar aquellas normas que vulneren los principios constitucionales en el marco de los hechos que conforman la causa judicial, pero no están habilitados para disponer su derogación.

Con referencia a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, Juan Bautista Alberdi escribía que *"la Corte Suprema declara inconstitucionales a las leyes que lo son. No las deroga, porque no tiene el poder de legislar; derogar es legislar. Declarada inconstitucional la ley, sigue siendo ley hasta que el Congreso la deroga"* (267).

Cuando los jueces se pronuncian por la inconstitucionalidad de una ley, se limitan a negarle aplicabilidad en el caso concreto que analizan, por entender que ella está en contradicción con la Ley Fun-

---

(265) Fallos CS 324:3358.

(266) Fallos CS 318:1967.

(267) JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Obras Selectas, t. XIV, p. 146, ob. cit.

damental, pero no se arrogan las atribuciones del Congreso derogando o anulando esa ley, porque su función constitucional se limita a determinar el derecho aplicable y a resolver la causa judicial en función del mismo.

Declarada la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de una norma jurídica por ser opuesta a la Ley Fundamental, aquella conserva plena vigencia hasta tanto no sea derogada por el órgano constitucionalmente competente. Así como la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por la Corte Suprema de Justicia no es, en principio, jurídicamente vinculante para los jueces inferiores, ni tampoco para la propia Corte, que en la misma o diferente composición puede modificar su jurisprudencia, aquella tampoco lo es para los órganos políticos de los cuales emanó la norma. Sin embargo, por razones prácticas, cuando se consolida una doctrina jurisprudencial, el poder legislativo o, en su caso, el poder ejecutivo, proceden a derogar la norma declarada inconstitucional.

En el caso de los jueces inferiores, por razones institucionales y de seguridad jurídica, tienen el deber de ajustar sus pronunciamientos a la doctrina de la Corte Suprema, a menos que se presenten nuevos fundamentos para apartarse de ella. Pero ello no es óbice para que el juez, si así lo considera, acepte en su sentencia la doctrina del Alto Tribunal para resolver el caso, y formule una reserva sobre su disconformidad con ella.

En varias constituciones provinciales se adopta una solución diferente. Cuando la inconstitucionalidad de una norma es declarada por el superior tribunal de provincia, esa declaración tiene efectos derogatorios de aquella. Se sigue así el procedimiento usualmente aplicable en los sistemas concentrados de control de constitucionalidad.

Entendemos que esa solución es inconstitucional, porque importa alterar el equilibrio de la doctrina de la división de los poderes constituidos en la forma establecida por la Constitución Nacional, al otorgar una potestad derogatoria de las normas al órgano judicial que, en rigor, corresponde al órgano legislativo o, en su caso, al órgano ejecutivo.

El principio de la supremacía constitucional es plenamente aplicable a las constituciones provinciales que deben adecuarse a la Ley Fundamental en las materias indicadas por ella. Si una constitución provincial asigna efectos derogatorios a la declaración de inconstitucionalidad de una norma, vulnera el principio fundamental de la división de los poderes resultante de la forma representativa de gobierno establecida por el art. 1° de la Constitución Nacional y, a la

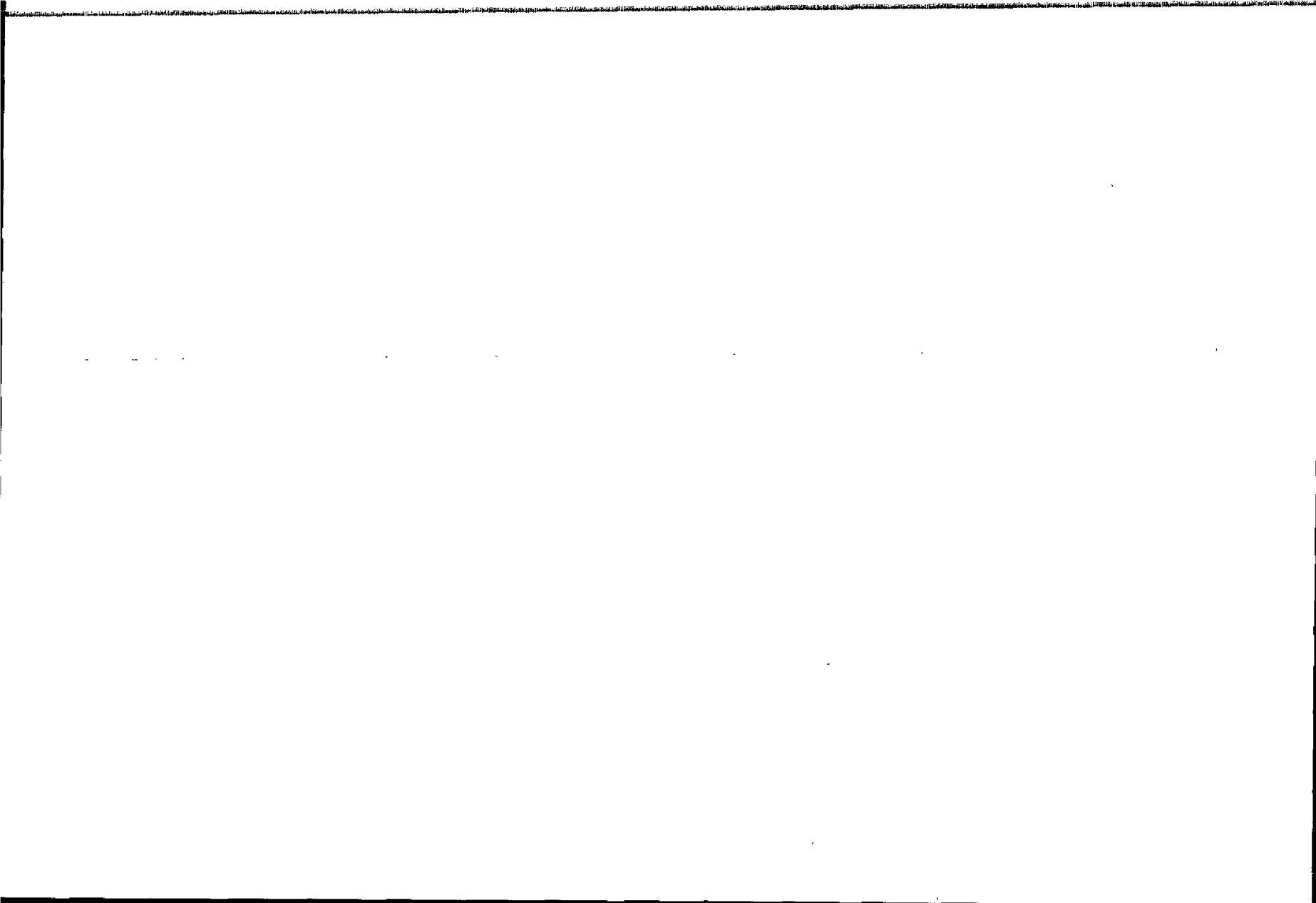
vez, el deber impuesto por ella a las provincias en el art. 5° para que sus constituciones sean dictadas bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional (268). El incumplimiento de tales condiciones importa apartarse del principio de la supremacía constitucional establecido por el art. 31 de la Ley Fundamental y la consecuente carencia de validez por parte de la norma constitucional local.

En alguna oportunidad, como en el caso "Fayt" (269), la Corte Suprema declaró la nulidad de una norma. En tales casos, si bien resultaría aceptable que el pronunciamiento tenga efectos *erga omnes*, ello no significa la derogación de la norma. Prosigue en vigencia, al menos formalmente, hasta tanto no sea derogada por el órgano que la emitió o por uno de jerarquía superior habilitado a tal efecto, como es una convención reformadora. La subsistencia formal de la norma declarada nula, determina que pueda recuperar su validez si, con posterioridad, la Corte Suprema modifica su criterio jurisprudencial, aunque no podrá afectar los derechos adquiridos antes de operarse semejante variación.

---

(268) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, p. 544, ob. cit.

(269) Fallos CS 322:1616; LA LEY, 2000-C, 543; 1999-F, 33; DJ, 2000-1-201.



## CAPÍTULO IV

# ESTADO Y GOBIERNO

### 106. ORGANIZACIÓN POLÍTICA GLOBAL

En el lenguaje común, los vocablos Estado y gobierno suelen ser utilizados, con relativa frecuencia, como sinónimos. Sin embargo, en el ámbito de la Ciencia Política y del Derecho Constitucional, especialmente a partir del siglo XX, designan dos realidades totalmente diferentes aunque estrechamente relacionadas.

El Estado es una especie moderna del género que es la organización política global. Abarca a todos los individuos y grupos sociales que están sujetos, de manera directa y excluyente, al poder político de la organización y en un ámbito territorial determinado. La organización política global es una entidad dotada de un poder político supremo, cuya titularidad le pertenece, e integrada por la cohesión de individuos, sociedades y comunidades asentadas sobre un espacio territorial.

En cambio, la expresión gobierno alude al conjunto de personas u órganos a las cuales se encomienda el ejercicio del poder político correspondiente a la organización global. El gobierno ejerce ese poder dentro de la organización ya sea legislando, ejecutando las leyes, desarrollando la función jurisdiccional, administrando bienes comunes o controlando la adecuación de los diversos estamentos gubernamentales a las reglas jurídicas que regulan el ejercicio de dicho poder.

La organización política global, y el Estado como una de sus especies, constituye la sociedad orgánica en la cual reside la titularidad del poder político supremo. El gobierno es la institución que pone en funcionamiento a la organización política global mediante el ejercicio de su poder político.

La organización global es titular del poder político en cuanto a su origen; del poder de la organización. El gobierno, en cambio, es el



titular de ese poder en cuanto a su ejercicio concreto; del poder en la organización.

La diferencia que media entre la organización política global y el gobierno impide que a la primera se le atribuyan las características del segundo y viceversa.

Así, no existe una organización política global que pueda ser calificada como democrática o autocrática porque, tales características, son propias del gobierno y están determinadas por la forma en que ese gobierno ejerce el poder.

Tampoco habrá, propiamente, un gobierno federal o unitario. Tal tipificación es propia de la organización política global en función de la descentralización o centralización de la estructura del poder político. La referencia a un gobierno federal o unitario, ya sea democrático o autocrático, solamente es aceptable para definir la extensión del poder político que se ejerce en una organización política global y como consecuencia de la forma en que está estructurado dicho poder.

La existencia de todo tipo o especie de organización política global está sujeta a tres condiciones básicas: población, territorio y poder. A ellas se añaden, tratándose de un Estado, dos condiciones específicas: comunidad nacional y la institucionalización del poder político.

Doctrinariamente se discute si la población, el territorio y el poder son elementos de la organización política global o condiciones necesarias para su nacimiento y permanencia (270). Asimismo, quienes los caracterizan como elementos, suelen llegar al extremo de identificar a la organización política global con alguno de ellos.

La identificación con la población, presentada como sinónimo de pueblo, dentro de la concepción de Rousseau sobre la voluntad general, o presentada como sinónimo de la nación dentro de la concepción de Sieyès sobre la soberanía nacional. La identificación con el territorio emerge de los enfoques geopolíticos donde toda alteración del ámbito físico de la organización política global importa una modificación de esta última. La identificación con el poder está expresada por el marxismo al considerar al Estado —especie de la organización política global— como la manifestación del poder de una clase social mediante cuyo ejercicio se impone sobre las restantes.

---

(270) HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 160, ob. cit.; GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, t. II, p. 128, ob. cit.; SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. I, p. 77, ob. cit.

Similar conclusión emerge del pensamiento de aquellos autores que añaden, a los elementos típicos de la organización política global, al derecho y el gobierno. En el pensamiento de Kelsen la organización política global es la personificación del orden jurídico, siendo conceptos idénticos. Asimismo, la concepción del gobierno como ente esencial que exterioriza a la organización política global, conduce a la confusión de ambos conceptos como realidades idénticas.

Entendemos que la organización política global no es susceptible de ser identificada con alguno de los factores que desencadenan su existencia. Todos ellos son condiciones o presupuestos para la manifestación de un orden de convivencia global, y que las variaciones que se puedan operar en ellas en modo alguno alcanzan a forjar un cambio de la organización.

### 107. POBLACIÓN

La población es el ingrediente humano sobre el cual se ejerce el poder político de la organización global.

El ser humano como unidad corporal y espiritual indivisible encuentra en la vida y el pensamiento a los factores que lo proyectan hacia un universo infinito donde todo tipo de creación material o intelectual es imaginable. El pensamiento, que se produce en el ámbito más íntimo del ser humano, constituye la característica esencial que le brinda dignidad y lo distingue de las restantes especies. Permite que, de manera racional, pueda esbozar los procedimientos que considere más convenientes para satisfacer sus innumerables y cambiantes necesidades primarias y secundarias. Superar sus limitaciones y barreras subjetivas, y anular los obstáculos externos que se oponen a su desarrollo encaminado hacia el progreso en su perfeccionamiento material y espiritual. Tanto en su condición de individuo como de componente de un grupo social.

Sin embargo, el hecho de vivir y pensar, expresado de manera aislada, resulta insuficiente para colmar las aspiraciones del individuo. Debido a su naturaleza social, fruto de la interdependencia humana, el hombre, además de vivir y pensar, necesita comunicarse imperiosamente con sus semejantes generando una relación de convivencia en el marco de los innumerables grupos sociales que integra. Sin esa comunicación y relación, resulta inconcebible la supervivencia del ser humano y el cumplimiento de los elevados fines que la Providencia le ha asignado.

Superando las abstracciones, y en el marco concreto de la realidad, por imposición de su naturaleza el hombre además de vivir necesita convivir.

Los individuos se encuentran estrechamente vinculados como consecuencia de la presión que sobre sus comportamientos ejercen diversos factores espirituales y materiales, instintivos y racionales. Tales factores y las necesidades que engendran conducen a la agrupación e integración que se verifican, de manera racional o espontánea, en función de diversos intereses y valores.

El ser humano, a pesar de constituir un ente esencialmente libre, no puede eludir aquella presión y los vínculos que lo aproximan a sus semejantes, determinando una vida de relación que se traduce en el surgimiento de los grupos sociales. Tampoco puede eludir los lazos de dependencia que se establecen con el grupo social porque, si bien éste no absorbe al individuo en el ámbito de su vida privada, sí lo hace en el campo de la vida social de relación.

Como los individuos conviven en grupos sociales, y siendo que tanto aquéllos como éstos están sujetos a una influencia recíproca, se establecen relaciones de interdependencia basadas sobre ciertas coincidencias mínimas que se manifiestan en comportamientos relativamente uniformes. El hombre vive y desarrolla toda su actividad sobre la base de intereses y valores que lo aproximan a otros individuos, con los cuales constituye diversos grupos sociales que lo absorben parcialmente determinando cierto grado variable de identificación. Tiene criterios y opiniones particulares, pero una vez que se integra al grupo social sus comportamientos externos, y hasta su forma de pensar, se pulen y complementan en un mínimo de coincidencias que darán nacimiento a la interrelación social.

Los grupos sociales son unidades humanas en las cuales se desarrolla la convivencia. No son simples agrupaciones físicas o muchedumbres. Se integran solamente con aquellos individuos que presentan una afinidad de intereses, valores y objetivos de vida sobre los cuales delinear sus comportamientos externos y que, por esa razón, son aceptados por el grupo social. Su existencia se visualiza como consecuencia de ciertas conductas comunes adoptadas por los individuos que los impulsan a rechazar las actitudes hostiles que puedan provenir de otros grupos sociales antagónicos.

Algunas de las relaciones forjadas por esas conductas tienen mayor gravitación que otras para determinar, posteriormente, la integración de los grupos sociales primarios en agrupaciones sociales de mayor envergadura. Así, las relaciones familiares, que se operan en el seno de un grupo social primario, como es la familia, ejercen

marcada influencia sobre la constitución de ciertos grupos secundarios. En efecto, la familia es el más importante de los grupos sociales primarios por la influencia decisiva que ejerce sobre los hábitos, conductas y línea de pensamiento de cada individuo. A tal punto que, aplicando en forma excluyente un enfoque antropológico, es posible atribuir con un relativo y opinable grado de certeza, características decisivas a los sistemas políticos en función de la educación recibida por los individuos en el seno familiar.

Esa relatividad obedece a que la influencia de la familia sobre el individuo no es excluyente. También está sujeto a otros factores formativos como la educación recibida fuera del ámbito familiar, la información aportada por los medios técnicos de comunicación social, las costumbres y tradiciones sociales, la influencia de otras personas y los innumerables factores físicos externos. Sin embargo, es verificable la frecuencia con que los individuos se integran a determinados grupos sociales secundarios como consecuencia de estar inmersos en cierta cultura familiar que contribuye a la formación de valores, ideas y conductas propios de aquéllos.

El sistema educacional también gravita sobre las conductas individuales que conducen a la formación de los grupos sociales. La educación recibida fuera del núcleo familiar infunde valores y creencias, así como también aptitudes y preferencias intelectuales que se reflejarán en la conducta social de los individuos y de los grupos que integran.

Desde un enfoque político, es fundamental el rol que desempeña la educación dentro de una organización global, tanto en un régimen transpersonalista o autocrático como en un sistema personalista o democrático. En este último, la educación para la libertad resulta decisiva para afianzar la idea política dominante que determina el comportamiento social de sus integrantes. En cambio, en el primero, como la libertad y dignidad de la persona humana no son la finalidad del mismo, la educación apuntará a consolidar otros valores que estarán en la cima de la escala axiológica.

Al margen de la familia y la educación, existen otros factores que producen relaciones generadoras de los grupos sociales. Las creencias religiosas, las ideas políticas, las concepciones sociales, culturales y económicas, también forjan lazos de unión entre los individuos sobre la base de la afinidad de sus intereses y valores.

Los grupos sociales pueden ser clasificados en primarios y secundarios. Los grupos primarios, también llamados cara a cara, son aquellos donde las relaciones sociales son directas debido al escaso número de sus componentes, a la proximidad física de los indivi-

duos y a la intensidad de la comunicación entre ellos. Las relaciones se concretan entre individuos que se conocen personalmente y de manera inmediata. Los grupos secundarios, en los cuales se integran tanto los individuos como los grupos sociales primarios, generan una relación social indirecta desprovista de un conocimiento personalizado entre sus miembros. Son agrupaciones más amplias de las cuales, la mayor, es la sociedad global que abarca tanto a los individuos como a los restantes grupos sociales.

Si bien el comportamiento de las personas está encaminado, básicamente, a conformar grupos primarios, en la medida que ellos son insuficientes para colmar sus necesidades y aspiraciones, se dirige hacia la constitución de grupos sociales más amplios y despersonalizados.

Los grupos sociales, tanto primarios como secundarios, también se pueden clasificar en sociedades y comunidades.

La sociedad es un grupo social en el cual los individuos se unen voluntariamente para satisfacer intereses predeterminados y comunes. Tanto la incorporación al grupo como su funcionamiento, responden a comportamientos racionales encaminados al logro de una finalidad que configura la razón de ser del grupo social.

La comunidad, en cambio, es un grupo social donde los individuos están unidos de manera espontánea, y el comportamiento o la interacción social no responden a un interés racional.

La sociedad, como conjunto de individuos unidos voluntariamente para satisfacer intereses comunes, no conforma la naturaleza originaria del ser humano. Es un medio racional para el logro de un fin cuya existencia es anterior al de la entidad. Es una obra racional fruto de la creatividad humana. Constituye la unidad social organizada para alcanzar un fin determinado. Sus componentes básicos son la preexistencia de una finalidad, de una decisión racional constitutiva y de cierta organización que le brinde estabilidad.

La sociedad, como agrupación de seres humanos que actúan dentro de formaciones colectivas relativamente organizadas y estables con el propósito de alcanzar fines determinados, puede ser intermedia o global. La diferencia entre ambas reside, fundamentalmente, en su amplitud de fines y componentes. Las sociedades intermedias, cuyas finalidades son específicas, pueden ser religiosas, económicas, culturales o políticas. En cambio, la sociedad global se caracteriza por abarcar innumerables fines en la medida que se extiende sobre todas las sociedades intermedias e, inclusive, sobre las comunidades.

La comunidad es un conjunto de individuos unidos de manera natural y espontánea. Si bien es idónea para satisfacer los intereses de sus miembros, su constitución no responde al propósito deliberado de colmar una necesidad. Se trata de una conformación social auténtica donde la actuación social responde a un sentimiento subjetivo de solidaridad espontánea. Su presencia se vislumbra cuando un grupo de personas viven juntas participando, no ya de un interés particular, sino de una vida en común y por ese simple hecho.

La comunidad, en función del elemento común aglutinante, puede ser de sangre, de localidad o de espíritu. La familia es la comunidad de sangre por excelencia. La unidad determinada por la convivencia sobre un espacio físico común, como puede ser una villa, pueblo, ciudad o región, es una comunidad de localidad. La unidad forjada por factores extramateriales, tales como el pensamiento, la religión o la amistad, configura la unidad de espíritu.

Entre los grupos sociales calificados como comunidades se destaca la nación. La comunidad nacional es una agrupación estable y permanente de individuos que dispone o aspira a tener una organización política propia que la distinga de otras comunidades similares. Está compuesta por elementos objetivos y subjetivos.

El elemento objetivo básico es la integración espontánea al grupo, ya sea por nacimiento o afinidad.

Los elementos subjetivos se dividen, a su vez, en sociológicos y psicológicos. Elementos sociológicos son el idioma, la religión, la raza, las costumbres, las tradiciones y un pasado común. Se trata de factores aglutinantes, sin que se requiera la unicidad en cada uno de esos elementos pero sí, al menos, una cualidad predominante en cada uno de ellos.

Los elementos psicológicos están conformados por la voluntad de cada individuo por integrar el grupo social y la conciencia de tener un origen y destino comunes, que determinan una forma o estilo de vida similar que permite distinguir al grupo de otras comunidades.

Actualmente, la nación es la comunidad que reviste mayor envergadura. Sin embargo, se plantea la hipótesis de su futura sustitución por una comunidad regional —iberoamericana, centroamericana, rioplatense, árabe, angloamericana, británica, eslava, nórdica europea—, o por una comunidad continental —latinoamericana, europea, asiática—, o por una comunidad internacional. De todas maneras, y sin perjuicio de los esfuerzos intelectuales que se han realizado para destacar la presunta existencia de esas comunidades, no se advierte su presencia como una realidad concreta, espontánea

y estable. Esta conclusión en modo alguno significa que desechemos la posibilidad, en un futuro incierto, de que se constituyan semejantes comunidades.

La organización política global, cualquiera sea su especie, es una sociedad. Es una sociedad global que se extiende sobre todos los grupos sociales, ya sean comunidades o sociedades, sujetos a su poder político.

Para designar al contenido de esa sociedad, se suelen utilizar en forma indistinta los términos población, pueblo y nación.

Consideramos que es incorrecta la denominación de nación porque ella alude a una comunidad. En cambio, como hemos visto, la sociedad global se extiende no solamente sobre la comunidad nacional, sino también sobre aquellos grupos sociales que, sin estar integrados a esa comunidad, se encuentran sujetos a la relación de mando y obediencia que genera el poder político de la organización global.

Tampoco nos parece adecuada la expresión pueblo. Se trata de un vocablo que, con un matiz político, comenzó a ser utilizado por Rousseau, aunque su significado científico es ambiguo e incompleto (271). En efecto, puede designar, de manera indistinta, a un territorio o a la población estable de un territorio, o al conjunto de ciudadanos dotados de derechos políticos, o al cuerpo electoral, o como sinónimo de Estado o nación (272). Sin embargo, si el componente humano de la organización global está formado por todas aquellas personas que están sujetas a su poder político, ninguna de aquellas acepciones resulta satisfactoria. Porque ese factor humano es más amplio que la población estable, que el conjunto de ciudadanos, que el cuerpo electoral y que la comunidad nacional.

Consideramos que reviste mayor precisión y claridad científicas el vocablo población, aunque resulte insuficiente para abarcar la totalidad del elemento humano sujeto al poder político de una organización global.

La composición del factor humano es esencialmente variable y dinámica. No es indispensable que todos los individuos que integran la población estén vinculados con un ámbito territorial para quedar sujetos al poder político de cierta organización global. Asi-

---

(271) MARIO JUSTO LÓPEZ, *Introducción a los Estudios Políticos*, t. I, p. 323, Ed. Kapelusz, Buenos Aires 1969.

(272) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 211, Ediar, Buenos Aires 1993.

mismo, esa sujeción puede ser total o parcial. Es total cuando se extiende sobre la generalidad de las relaciones sociales en que participa un individuo. Es parcial cuando solamente abarca a algunas de ellas.

## 108. TERRITORIO

El territorio es el espacio geográfico sobre el cual se ejerce el poder político de la organización global y que sirve de asiento a su población.

El territorio está integrado por el suelo, el subsuelo, el espacio aéreo, los espacios de agua adyacentes a la superficie del suelo, los buques y aeronaves que se encuentran sobre espacios libres.

Como regla general, el territorio es la proyección de los espacios físicos que están abajo y encima del suelo y de las aguas adyacentes.

El subsuelo es el espacio físico que está bajo el suelo y que se extiende hasta el centro de la tierra.

El espacio aéreo es el ámbito físico que se encuentra sobre el suelo y las aguas adyacentes. Sus límites son difusos y están regulados por el derecho internacional.

Los espacios de agua adyacentes a la superficie del suelo comprenden a los ríos y lagos fronterizos, y el mar territorial. La extensión del poder político de la organización global sobre estos espacios de agua también está regulado por el derecho internacional.

La proyección del territorio sobre el mar es relativamente compleja y sujeta a constantes variaciones. Así, a partir del siglo XVIII, el mar territorial fue establecido en tres millas marinas. Se trató de una práctica internacional que sustituyó el límite aplicado hasta ese entonces que equivalía al alcance del tiro de un cañón. En el curso del siglo XX aquel límite fue ampliado considerablemente por casi todos los Estados distinguiendo el mar territorial del mar adyacente. La extensión del primero oscila entre las tres y las quince millas, mientras que la del segundo alcanza las doscientas millas.

La ley 23.968 distingue tres espacios marítimos. En el primero, que se extiende hasta una distancia de doce millas marinas, el Estado ejerce en toda plenitud su poder político. En el segundo, que se proyecta hasta las veinticuatro millas marinas, el Estado puede prevenir y sancionar las infracciones a sus normas jurídicas en materia fiscal, sanitaria, aduanera y de inmigración que se cometan en su



territorio y mar territorial. La tercera, que se extiende hasta las doscientas millas marinas, es una zona económica en la cual el Estado ejerce su poder para la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales.

Los buques y aeronaves, a los cuales se les atribuye la bandera o nacionalidad de una organización global, prosiguen estando sujetos al poder político de la misma cuando se encuentran en espacios libres que no integran el territorio de algún Estado. Situación similar, por imposición del derecho internacional, se presenta con las sedes de las embajadas extranjeras y con los buques y aeronaves de guerra que, en principio, no están sujetas al poder político de la organización global en cuyo territorio se encuentran, sino al de la organización global de origen. Se trata de una aplicación del principio de extraterritorialidad aceptada por el derecho internacional.

El ámbito territorial del Estado argentino se determina conforme al art. 75, inc. 15, de la Constitución. Establece que es facultad del Congreso arreglar los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias y crear otras nuevas. Cuando la creación de una provincia importa asignar todo o parte del territorio correspondiente a otra u otras provincias, es indispensable el consentimiento previo de la legislatura provincial (art. 13 CN). Asimismo, el establecimiento de la Capital de la República sobre territorio perteneciente a una o varias provincias que acarrea su cesión, también requiere del consentimiento legislativo provincial (art. 3 CN).

Es facultad exclusiva del Congreso nacional establecer los límites de las provincias. Esa potestad ya fue ejercida respecto de las provincias existentes, de modo que no puede ser aplicada nuevamente sin la conformidad de las legislaturas de las provincias afectadas. Asimismo, y aunque las provincias decidan acordar la modificación de sus límites territoriales, tal decisión no es válida sin la expresa aprobación de una ley del Congreso nacional.

En cambio, los conflictos de límites que se puedan suscitar entre las provincias no son materia legislativa. A falta de acuerdo para resolverlos, ya sea en forma directa o acudiendo al arbitraje, corresponde plantear la cuestión ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por ser temas de su competencia originaria y exclusiva (art. 127 CN).

## 109. PODER POLÍTICO

El poder político es una energía que se traduce en la relación de mando y obediencia, global y suprema, que tiende a establecer un

orden sociojurídico y una organización sobre la base de la idea política dominante en la sociedad.

En toda sociedad primaria, secundaria o global, e inclusive en las comunidades, se manifiestan diversas relaciones sociales a través de las cuales se exterioriza la necesidad del ser humano de vivir y de convivir.

Tales relaciones son producidas por una energía o fuerza capaz de provocar un vínculo de mando y obediencia. Habrá poder cuando en la relación social que se entabla entre dos o más individuos existe alguien que manda u ordena y otro que acata u obedece.

La existencia del poder en las relaciones sociales no requiere de un ingrediente político. Son infinitas las relaciones sociales desprovistas de todo matiz político y en las cuales, sin embargo, se manifiesta el poder. Es así que, según las características de las diversas relaciones sociales, nos encontraremos con un poder familiar, religioso, económico, militar, gremial, empresarial, cultural, educacional, disciplinario, y también político. Las especies de los poderes sociales dependerán de la tipificación que se realice de las relaciones sociales.

Definimos al poder como un fenómeno social de mando y obediencia que se manifiesta en todos los grupos sociales. En toda relación social alguien manda, en forma permanente o circunstancial, y otro obedece, también de manera permanente o circunstancial. La obediencia puede ser voluntaria, tolerada o impuesta por la coacción. Pero, lo fundamental, es que exista esa relación de mando y obediencia sin que interesen, a los fines de su manifestación, los factores que determinan y explican por qué alguien manda y otro obedece.

El poder político es una especie del género que es el poder social. Pero es mucho más amplio, intenso e importante que cualesquiera de esos poderes sociales o del conjunto de ellos. Cada sociedad o comunidad es titular de un poder cuya denominación y alcances dependen de las características que correspondan a las relaciones sociales que se concretan en su seno. Esta conclusión se extiende a toda organización o sociedad política global que, como tal, abarca a todas las restantes sociedades y comunidades integradas con su población y sobre su territorio. El poder de esa organización global recibe el nombre de poder político.

Si bien el titular de ese poder político es la organización global, la relación de mando y obediencia se manifiesta entre quienes representan a la organización mediante el ejercicio de su poder, y quienes son sus destinatarios. Entre los gobernantes y los gobernados.

El poder político presenta una serie de características que lo distinguen de los restantes poderes sociales. En estos últimos pueden manifestarse algunas de tales características o todas ellas pero, en ambos casos, sin la intensidad con que se expresan en el poder político. Este poder es siempre total, inevitable, dominante, coactivo, personal o institucionalizado y soberano.

Es total o pleno en cuanto impone una obediencia completa para todos los individuos, sociedades y comunidades que se desenvuelven dentro de la organización global. Toda persona, toda sociedad y toda comunidad están sujetas a las relaciones de mando y obediencia que genera el poder político. Como consecuencia, todas ellas están subordinadas a la organización política global (273).

Es inevitable o inexcusable porque nadie puede eludir su aplicación quedando sujeto a la relación de mando y obediencia. Un individuo no puede dejar de permanecer subordinado al poder de una organización política global. Podrá apartarse de cierto grupo familiar, religioso o de cualquier otro tipo y quedar al margen del poder social correspondiente. Pero no lo podrá hacer respecto del poder político de la organización global porque, aunque eludiera el poder de una organización determinada, quedará sujeto al poder de otra organización. Esto como consecuencia de su necesidad de convivir.

El poder político es dominante porque se trata de la especie del poder que tiene mayor gravitación social. Es consecuencia de una idea política dominante a la cual responde el desenvolvimiento de la organización global y de todos los grupos sociales que la integran.

Es coactivo debido a que la relación de mando y obediencia se impone obligatoriamente mediante el ejercicio monopolístico de la fuerza. La coacción, que acompaña el ejercicio del poder político, anula toda insubordinación y resistencia con mucha mayor intensidad y eficacia a la que puede presentarse en el caso de ciertos poderes sociales dotados de relativa coactividad.

El poder político puede ser personal o institucionalizado. En el primer caso, la obediencia se manifiesta frente a una persona con la cual se identifica la organización global como consecuencia de la idea política dominante en la sociedad. Debido a esa idea la identificación tiene legitimidad y razonabilidad. Se trata de la identificación propia de las organizaciones globales preestatales.

---

(273) CARLOS S. FAYT, *Derecho Político*, p. 217, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1971.

En el segundo caso, esa obediencia se exterioriza frente a una institución y no a la persona, o a las personas, que ejercen roles gubernamentales aplicando el poder de la organización. Precisamente, la institucionalización del poder político es una de las condiciones que determinan la existencia del Estado y que lo diferencian de algunas de las restantes especies de la organización política global.

El poder político es soberano, porque es ilimitado en el tiempo y en el espacio. Sin embargo, el concepto de soberanía carece de entidad propia ya que, en definitiva, es una característica del poder político. Destaca la supremacía de ese poder y su insubordinación ante cualquier otro poder social. Una organización política no es soberana, sino que es titular de un poder soberano que desconoce la existencia de un poder de mayor envergadura. Si una organización global llegara a estar subordinada al poder de otra organización, en tal caso no será independiente ni titular de un poder político soberano. Podrá tener un poder autónomo o autárquico pero no soberano.

Una organización global no queda desprovista de su poder soberano si decide autolimitarse o convenir límites recíprocos con otra organización global. No se verá privada del mismo en tanto conserve la potestad de reasumir dicho poder en toda su plenitud.

## 110. PODER INSTITUCIONALIZADO

El Estado es una especie histórica de la organización política global, cuya presencia en el escenario político se manifiesta a partir del siglo XV. Satisface todas las condiciones propias de una organización política global: población, territorio y poder. Pero a ellas se añaden dos condiciones específicas que son la institucionalización del poder y la comunidad nacional.

La institucionalización del poder fue forjada por una idea política dominante. Conforme a ella, la titularidad del poder político no reside en una persona o en un grupo social, sino en una institución social a la cual se le atribuyen las consecuencias del ejercicio del poder por los gobernantes.

Esa idea política dominante en la sociedad sustituyó a una anterior que identificaba a la organización global con una persona o grupo social en cuanto a la titularidad del poder. La evolución en el pensamiento político de la sociedad determinó la despersonalización del poder y su transferencia, de una persona física, a una institución o entidad abstracta que recibió el nombre de Estado.

## 111. COMUNIDAD NACIONAL

La nación es una comunidad política. Es una agrupación espontánea de individuos, estable y permanente, forjada por diversos factores materiales y espirituales que le otorgan una conciencia común, y a sus miembros un sentimiento de pertenencia.

Ninguno de los factores materiales y espirituales que convergen para el surgimiento de una nación resulta decisivo o independiente. Existen comunidades nacionales con pluralidad de idiomas, razas, religiones, costumbres y tradiciones. Tampoco resulta indispensable el asentamiento de la comunidad sobre un territorio determinado. Pueden existir comunidades nacionales asentadas sobre territorios sujetos al poder de diversas organizaciones políticas.

El rasgo quizás más distintivo es la presencia de una conciencia nacional, de una conciencia común de pertenencia a un grupo social basada sobre hechos aglutinantes del pasado, la unidad del presente y un destino uniforme, pero siempre con connotaciones políticas. Con una finalidad política espontánea de progreso, permanencia y distinción en el conjunto de las comunidades nacionales.

Esa comunidad política no equivale a la población del Estado. En rigor, la población supera el marco de la comunidad nacional, aunque esta última es la que define y caracteriza a una especie de organización política global que es el Estado.

Un Estado no puede manifestarse si está desprovisto de una comunidad nacional. Podrá recibir otro tipo de denominación, pero no la de un Estado propiamente definido.

El concepto de nación surgió en el ámbito de las realidades políticas producidas a partir del siglo XV, pero su gravitación decisiva comenzó en el siglo XVIII, llegando al extremo de individualizar a la nación con el Estado y, en algunos casos, a sustituir a este último por el concepto de nación. También, con frecuencia, Estado y nación fueron empleados como sinónimos, tal como lo hace nuestra Constitución.

Sin embargo, y especialmente en el siglo XX, los estudios científicos de índole política y sociológica comenzaron a marcar las diferencias entre ambos conceptos. Asimismo, en las postrimerías de ese siglo, se advirtió una crisis en el concepto de nación, y el paulatino incremento de la valorización asignada a la comunidad internacional. Incluso se afirma que, a corto o mediano plazo, las comunidades nacionales serán sustituidas políticamente por comunidades

regionales como paso previo a la consolidación de la comunidad internacional.

De todas maneras, se trata de simples conjeturas, propias de la futurología política, lo que no desmerece la seriedad de las predicciones.

## 112. CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA

En toda sociedad u organización política global coexisten dos fuerzas opuestas cuya intensidad es esencialmente variable. Una centrípeta que apunta hacia la centralización o concentración del poder, y otra centrífuga dirigida hacia la descentralización o desconcentración del poder.

La fuerza centrípeta impulsa a los individuos y grupos sociales a estructurar organizaciones globales cerradas y compactas, mientras que el predominio de la fuerza centrífuga acarrea estructuras más flexibles en orden a la distribución del ejercicio del poder.

La descentralización política está siempre acompañada por un grado importante de descentralización administrativa. Tal fenómeno no siempre se presenta en la centralización política con la concentración administrativa.

Ambas tendencias no solamente se manifiestan en la organización gubernamental. Suelen ser factores importantes para la tipificación de los sistemas políticos. En las estructuras y gobiernos descentralizados, los controles políticos que acarrear reducen las posibilidades para la instauración de regímenes autoritarios. No acontece lo propio con las estructuras y gobiernos centralizados debido a la reducción de los controles verticales del poder, aunque esto no significa que, necesariamente, se instauren en ellas regímenes de tipo autoritario.

Según el grado de centralización o descentralización políticas en las sociedades u organizaciones globales, es posible caracterizar algunas de sus especies más relevantes. Caracterización que debe responder a un enfoque empírico basado sobre la real estructuración del poder, y no sobre las formas definidas, en cada caso concreto, por la ley.

Las organizaciones globales más corrientes son la alianza o liga de Estados, la unión de Estados, la Confederación, el Estado federal, el Estado unitario y las entidades supraestatales.

### 113. ALIANZA O LIGA DE ESTADOS

La alianza o liga de Estados no es un Estado, sino un conjunto de Estados unidos por un pacto o tratado con el objeto de concretar fines comunes. Históricamente, tales fines han consistido generalmente en la formación de alianzas bélicas, de tipo ofensivo o defensivo, o en agrupaciones destinadas a preservar la paz entre sus miembros.

Las agrupaciones pueden, o no, tener carácter orgánico, pero son esencialmente transitorias y no permanentes. Cuando adquieren carácter permanente se transforman en un Estado, en entidades supraestatales o en modalidades de estas últimas.

Cada Estado integrante de la alianza conserva su poder soberano. Los límites que se acuerdan en el tratado sólo se refieren a la coordinación del ejercicio de su poder por cada Estado con motivo de las circunstancias que determinan la alianza. No se prevén sanciones para el Estado miembro que se abstenga de cumplir los compromisos contraídos que se rigen, exclusivamente, por los principios de la lealtad y buena fe.

Entre los numerosos casos de alianzas o ligas transitorias de Estados, podemos citar a la constituida, en 1668, por Holanda, Inglaterra y Suecia con el objeto de limitar el avance territorial desarrollado por Francia sobre los Países Bajos. También la Liga de Augsburgo, formada en 1686 por España, Holanda, el Sacro Imperio, Suecia y algunos reinos y principados alemanes contra la política expansionista de Francia y que se disolvió con motivo de la concertación de la paz de Ryswick. La Cuádruple Alianza de 1718, integrada por Austria, Francia, Holanda e Inglaterra para contrarrestar la política de expansión territorial que había intentado España. La Santa Alianza, formada en 1815 por Austria, Prusia y Rusia con el propósito, entre otros, de neutralizar el resurgimiento militar de Francia tras la caída de Napoleón Bonaparte.

En determinados casos, a partir del siglo XX, se han constituido alianzas de Estados de carácter orgánico y permanente. Se trata de los casos de la Sociedad de las Naciones, la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos. Son agrupaciones de Estados en las cuales, sus miembros, conservan su poder soberano sin perjuicio de comprometerse a aceptar determinadas recomendaciones o conclusiones que formulen las entidades que integran. De todas maneras, ellas carecen de imperium para exigir el acatamiento de sus resoluciones, sin perjuicio de que sus integrantes acuerden la aplicación de sanciones económicas o militares a los transgresores.

En la medida que exista ese imperium concertado, aunque se haga efectivo por alguno de los Estados que la integran, y ya sea de manera total o respecto de cierto tipo de decisiones, la alianza será sustituida por una entidad supraestatal al menos de manera parcial.

#### 114. UNIÓN PERSONAL DE ESTADOS

La unión de Estados de carácter personal es una categoría histórica que difícilmente pueda presentarse en el marco complejo de las relaciones internacionales modernas.

Consiste en la agrupación de dos o más Estados cuyos gobiernos están integrados por las mismas personas físicas. Cada Estado conserva su poder soberano y su gobierno independiente, sin que existan órganos gubernamentales comunes. La unidad está dada, no por la presencia de instituciones comunes, sino por las personas físicas que integran ambos gobiernos y cuyas decisiones serán aplicables solamente al Estado para el cual están dirigidas.

Tal fue el caso de la unión concertada, desde 1520 a 1556, entre el Sacro Imperio y España. Ambas organizaciones estuvieron bajo el gobierno de una sola persona física. Para el Sacro Imperio se trataba del emperador Carlos V, y para España del rey Carlos I.

#### 115. CONFEDERACIÓN

La confederación es una unión real de Estados que conservan parcialmente su poder soberano y sus gobiernos independientes, en una organización estable y consensuada para desarrollar, en forma total o concreta, políticas externas e internas comunes.

El fundamento jurídico de una confederación es un tratado en el cual se establecen los objetivos de la organización, los órganos de gobierno comunes y las limitaciones impuestas a los poderes soberanos de los Estados miembros.

La denominación que se les otorga a los tratados no tiene relevancia para caracterizar a una confederación. Lo fundamental es su contenido.

Para la concepción clásica de nuestra asignatura, una de las diferencias entre el Estado federal y la confederación residía en que, la base jurídica del primero es una constitución, mientras que la correspondiente a la confederación es un tratado. Sin embargo, el acuer-



do o tratado que origina una confederación puede ser desarrollado en un documento al cual nominalmente se llame constitución, porque la diferencia fundamental reside en determinar si existe una efectiva transferencia del poder soberano.

La confederación se constituye con carácter permanente. Su existencia no queda supeditada a una contingencia temporal ni a un plazo determinado, con la salvedad del derecho de secesión que conservan los Estados miembro.

En la confederación, los Estados miembro retienen su poder soberano aunque acuerdan importantes limitaciones al mismo. Hay una delegación parcial de ciertos aspectos del poder soberano en un gobierno común, quedando los restantes reservados a los gobiernos locales. En cambio, en un Estado federal no hay delegación sino transferencia total y definitiva del poder soberano de los Estados que acuerdan su creación, conservando tan solo un poder autónomo originario.

En la confederación, y como consecuencia de la delegación parcial del poder soberano, aquélla tiene imperium, aunque solamente respecto de los Estados miembros y no de los individuos o grupos sociales que conforman la población de estos últimos. Sobre ellos el imperium lo tienen los Estados locales que deben ejecutar las decisiones del gobierno común.

Cada Estado de la confederación conserva los derechos de nulificación y secesión. Se tratan de cualidades del poder soberano que no existen en un Estado federal.

La nulificación es el derecho que tiene un Estado confederado para oponerse a la aplicación de normas emanadas del gobierno común, cuando ellas vulneran principios fundamentales de su organización jurídica local. Las autoridades del Estado confederado pueden desconocer la validez de aquellas normas que no se adecuan a sus disposiciones jurídicas fundamentales.

La secesión es el derecho que tiene cada uno de los Estados confederados para apartarse de la organización global, ya sea en cualquier momento o si se cumple alguna de las condiciones a la cual fue supeditado su ejercicio, y que fueron previstas en el acto fundacional de la confederación. Se trata de una consecuencia de la conservación del poder soberano que no cabe en un Estado federal.

La posibilidad de ejercer este derecho debe ser real y no meramente nominal. Así, las constituciones de la Unión de Repúblicas

Socialistas Soviéticas reconocían a las repúblicas federadas el derecho de secesión aunque, en la práctica, resultaba imposible su ejercicio por el carácter autocrático del régimen. Tal circunstancia, entre otras, impedía calificar a esa organización como si se tratara de una confederación e, inclusive, como un Estado federal.

Situación similar se presenta con la Confederación Helvética que tuvo ese tipo de organización hasta 1848. A partir de entonces, y pese a que no fue cambiado su nombre, Suiza no es una confederación sino un Estado federal.

En el caso de la Argentina, el art. 35 de la Constitución nacional dispone que, entre las denominaciones que cabe asignar a la organización política global, está la de Confederación Argentina aunque, desde la sanción de la Constitución en 1853/60, es un Estado federal. Antes de haber entrado en vigencia la Constitución, las provincias eran titulares del poder soberano conformando una confederación en la cual, la conducción de las relaciones internacionales, fue delegada al gobierno de la provincia de Buenos Aires por diversos tratados interprovinciales.

Quizás la confederación que tuvo una estructura más sólida fue la concertada entre el imperio de Austria y el reino de Hungría, y que subsistió hasta 1918. El órgano ejecutivo común de gobierno estuvo concentrado en una persona física de la casa de Habsburgo que revestía el carácter de emperador de Austria y rey de Hungría. Entre otras funciones, tenía a su cargo designar a los ministros de cada Estado y a los titulares de los tres ministerios comunes: relaciones exteriores, guerra y hacienda. Cada Estado tenía su propio órgano legislativo: la Dieta de Hungría y el Reichsrath de Austria que sancionaban leyes cuya validez se limitaba a cada Estado.

Generalmente, la confederación ha sido una forma histórica de organización global que precedió a la constitución de un Estado federal. Tal fue lo que aconteció en los Estados Unidos entre 1776 y 1787. Asimismo, la Confederación de la Alemania del Norte fue la base sobre la cual se formó el moderno Estado alemán. Esa Confederación, creada en 1866, preveía la existencia de un órgano legislativo común, integrado por el Consejo federal y el Reichstag, que tenía competencia para regular las materias previstas en el pacto de la unión. En cuanto a la representación internacional, fue atribuida a Prusia en la persona de su monarca.

El modelo de la confederación fue utilizado, en vísperas del siglo XXI, para la constitución de las organizaciones supraestatales, aunque sin llegar a conformar una auténtica confederación.

## 116. ESTADO

El Estado es una especie histórica de la organización política global en la cual, la centralización del poder reviste mayor intensidad que en las especies que hemos analizado.

Los Estados modernos comenzaron a surgir a partir del siglo XV con la institucionalización del poder político y la consolidación de las comunidades nacionales en el ámbito de las relaciones políticas. El primer analista científico político que utilizó ese vocablo para designar a las organizaciones globales fue Maquiavelo (274). A partir de entonces su uso se acentuó llegando a ser, modernamente, sinónimo de organización política global a pesar de las dificultades que se presentan para precisar su definición.

La palabra Estado puede definir tres realidades distintas (275). En sentido amplio, designa a una sociedad global políticamente organizada cuyo fundamento humano es la comunidad nacional. Con un sentido más estricto, define a los poderes públicos de la sociedad global, sus gobernantes y relaciones con los gobernados. Y en una tercera acepción, más restrictiva, designa a la entidad dotada de poder soberano en oposición a las que pueden tener poder autónomo o autárquico como los municipios y las provincias.

De esas acepciones la más aceptable científicamente es la primera. Se trata de una sociedad global políticamente organizada que, como tal, reúne las tres condiciones propias de toda organización global: población, territorio y poder. Pero, además de ellas, la base de su elemento humano es la comunidad nacional y el poder político, en función de la idea dominante, está institucionalizado y no personalizado.

Es importante destacar que, por tratarse de una forma histórica de la organización política global, la subsistencia del Estado está condicionada por la idea política dominante que fue la causa de su aparición en el marco de las relaciones políticas. En la medida que esa idea dominante sea sustituida por una nueva, es muy probable que se opere una profunda transformación en la estructura del Estado clásico o que sea sustituido por nuevas formas de organización global como pueden ser, a título de ejemplo, las sociedades políticas permanentes supraestatales.

---

(274) *El Príncipe*, p. 28, Ed. Sopena, Buenos Aires 1960.

(275) ANDRÉ HAURIOU, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, p. 113, Ed. Ariel, Barcelona 1971.

Considerando el grado de centralización o descentralización del poder político, los Estados se clasifican en federales y unitarios.

### 117. ESTADO FEDERAL

El Estado federal es una especie descentralizada de la organización política global, en la cual coexisten varios centros de poder autónomo —Estado local, provincia, lander, cantón— y un foco aglutinante de poder soberano.

A diferencia de lo que acontece con la confederación, el poder soberano no es compartido en cuanto a su titularidad. Cabe arribar a tal conclusión tras analizar las cuatro posturas que han sido expuestas sobre la sede del poder soberano.

Conforme a la primera, la titularidad del poder reside en el poder constituyente cuyo ejercicio origina al Estado, y al cual quedan sujetos en el ejercicio del poder tanto el gobierno central como los gobiernos provinciales.

Entendemos que, mediante el ejercicio del poder constituyente originario se gesta el surgimiento de un Estado por entidades dotadas, hasta ese momento, de poder soberano. Pero, una vez constituido el Estado, la titularidad del poder reside en la organización global porque, en definitiva, el poder constituyente es una simple expresión del poder de esa organización.

En la segunda de las posturas, y admitiendo la indivisibilidad del poder político, se afirma que su titularidad reside en los Estados locales. Si así fuera, la pluralidad de poderes soberanos coexistentes, determinaría que no existiera diferencia fundamental alguna con la confederación. El Estado federal sería una forma bajo la cual podría exteriorizarse una confederación, con lo cual el Estado federal no podría ser considerado como una forma especial de la sociedad política global.

En la tercera se afirma que el poder soberano reside tanto en las provincias como en la nación organizada políticamente. Entre el Estado federal y las provincias se distribuyen áreas de competencias exclusivas en las cuales, cada una de esas entidades, ejerce su poder soberano. Esta hipótesis presenta un inconveniente similar a la anterior. Si cada Estado local conservara su poder soberano, podría ejercer los derechos de nulificación y secesión propios de una confederación y no de un Estado federal. Aunque las provincias decidieran, en el acuerdo de unión, limitar el ejercicio de esos y otros dere-

chos, la circunstancia de que conserven su poder soberano significa que no habría una transferencia del mismo sino solamente una delegación sobre materias determinadas y, la delegación, es esencialmente revocable.

La cuarta postura, que compartimos, indica que la titularidad del poder soberano reside únicamente en la entidad nacional y su ejercicio se reserva al gobierno nacional. La unión constitutiva de la federación implica una transferencia de los poderes soberanos de las provincias al Estado federal. Se trata de una transferencia total, absoluta, definitiva e irrevocable.

En cuanto a las atribuciones que constitucionalmente se reservan los Estados locales, no son expresiones de un poder soberano sino de un poder autónomo que está subordinado a la potestad política suprema atribuida a la entidad global.

La característica básica del Estado federal consiste en presuponer la preexistencia de organizaciones globales con poder soberano que, en virtud del acuerdo documentado en la Constitución que se sanciona, transfieren ese poder a la nueva estructura política creada por ellas. Aquellas organizaciones globales quedan desprovistas de su poder soberano y conservan, solamente, las atribuciones propias de las entidades autónomas.

Al ceder su poder soberano en forma definitiva y sin límites, las entidades que constituyen la federación pierden su independencia originaria y la personalidad jurídica internacional que tuvieron hasta ese momento. Ambos atributos se concentran en el Estado federal.

La unión concertada que genera una federación es permanente y definitiva. De manera que las entidades que forman la federación no pueden ejercer los derechos de nulificación y secesión propios de una estructura confederada y que es consecuencia de la expresión de un poder soberano.

La organización del Estado federal, que se establece en la Constitución en cuanto a la vinculación existente entre la estructura central y las locales atinentes al ejercicio del poder, se concretan mediante una distribución de competencias entre el Estado federal y los centros de poder autónomo.

La distribución de competencias se traduce en una serie de relaciones de subordinación, participación y coordinación. Las relaciones de subordinación se extienden a las áreas propias del Estado federal determinando la supremacía del mismo sobre las provincias. Las relaciones de participación se traducen en la potestad reconocida a los centros de poder autónomo para intervenir en la adop-

ción de ciertas decisiones que se imputan al Estado federal y que son adoptadas por el gobierno nacional. Las relaciones de coordinación son las que armonizan la manifestación simultánea y complementaria de un poder soberano y una pluralidad de poderes autónomos evitando superposiciones y conflictos.

Con referencia a la función constituyente, si la titularidad del poder político soberano reside en el Estado federal, el poder constituyente primario sólo puede manifestarse en su seno y no en las entidades autónomas. Estas carecen de un poder constituyente propiamente dicho, de carácter primario, y solamente conservan en la materia una potestad de segundo grado que está subordinada a los imperativos constitucionales de la relación de mando y obediencia generados por el Estado federal. Se les reconoce un poder constituyente derivado de la Constitución nacional.

Así lo establece el art. 5º de la Constitución nacional que, además de imponer a las provincias la obligación de sancionar una Constitución local, dispone que ella debe respetar el sistema representativo republicano de acuerdo con las reglas contenidas en la Constitución nacional, y prever su administración de justicia, su régimen municipal y asegurar la educación primaria. El cumplimiento de tales obligaciones es condición para que el Gobierno federal garantice a las provincias el funcionamiento de sus instituciones locales.

Las modalidades que presentan las organizaciones políticas globales son esencialmente dinámicas. También lo son las correspondientes al Estado federal que, como especie de aquella categoría, se concretó especialmente en el curso del siglo XIX como fórmula política satisfactoria para colmar los imperativos de la idea política dominante en ciertas comunidades nacionales.

Sin embargo, y a diferencia de lo que acontece con otras especies de organizaciones políticas globales, el Estado federal presupone un particular equilibrio entre las fuerzas centrípetas y centrífugas que se exteriorizan en el proceso político interno. Si el equilibrio se altera por el predominio de la centralización, el Estado federal se transformará en un Estado unitario aunque pueda conservar nominalmente la estructura de una federación. Si la alteración es gestada por el predominio de la descentralización, el Estado federal podrá ser sustituido por una pluralidad de Estados dotados de poder soberano o por una confederación.

Sin llegar a una transformación en un Estado unitario, el Estado federal también puede ser absorbido parcialmente por una entidad supraestatal, aunque razonablemente el proceso evolutivo indica que, normalmente, aquella transformación precede a la absorción.

En efecto, si analizamos el desarrollo histórico de las organizaciones políticas globales, advertimos una tendencia general hacia la centralización. Alianzas, uniones, confederaciones, Estados federales y unitarios determinan una paulatina concentración del poder. Centralización cuya máxima expresión en el inicio del siglo XXI es la constitución de una entidad supraestatal, ya sea bajo la forma de una confederación o federación de Estados.

### 118. ESTADO UNITARIO

El Estado unitario es la especie de la organización política global que presenta mayor grado de centralización, tanto política como administrativa.

En principio, todas las atribuciones gubernamentales, ya sean legislativas, ejecutivas o judiciales, están concentradas en un gobierno central y único, sin perjuicio de su eventual delegación parcial en ciertas autoridades administrativas locales sujetas, en orden a su funcionamiento, al control permanente del gobierno central.

Tanto el poder soberano, como la potestad autónoma se consolidan, en su totalidad, en el gobierno central sin que existan subdivisiones políticas originarias o preexistentes como acontece en el Estado federal. Toda autoridad y todo poder están concentrados en un centro único y de manera originaria.

La existencia de un centro único de poder soberano y autónomo determina que las normas jurídicas emanadas del gobierno puedan recaer sobre cualquier materia, y que su aplicación se extienda a todo el territorio del Estado.

El Estado unitario puede presentar cierto grado de descentralización para dotar de mayor eficacia a la actividad gubernamental, o por razones de conveniencia cultural, económica o histórica. Esa descentralización puede ser meramente administrativa o también política.

La descentralización administrativa importa la delegación de ciertas potestades ejecutivas en los órganos locales y la de hacer cumplir las decisiones del gobierno central. La descentralización política, que abarca a la anterior, presupone la existencia de órganos con poder autónomo de segundo grado que es conferido por el gobierno central. Pero ese poder autónomo no es originario como el reconocido a las provincias en un Estado federal.

La descentralización política en el Estado unitario acarrea la constitución de regiones dotadas de una autonomía derivada, como las

previstas por las constituciones de Italia de 1947 y la española de 1978. En ambos casos, se autoriza el establecimiento de regiones y gobiernos regionales en el marco de un sistema que configura una etapa intermedia entre el Estado federal y el Estado unitario centralizado.

### 119. REGIONALISMO

Las regiones son divisiones territoriales de un Estado unitario dotadas de autonomía derivada. Son creadas por decisión del gobierno central, el cual dicta o aprueba el estatuto aplicable en una región que está subordinado tanto a la Constitución del Estado como a las leyes que sancione el gobierno central.

A diferencia de las provincias de un Estado federal, las regiones no tienen un poder constituyente de segundo grado ni autonomía originaria. Solamente disfrutan de una autonomía derivada que les permite sancionar normas jurídicas cuya validez, en cualquier materia, está supeditada a las leyes del gobierno central.

La Constitución italiana de 1947 contempla la posibilidad de crear regiones autárquicas con potestades normativas generadas por una autonomía derivada o de segundo grado. Cada región tiene un estatuto cuyo contenido debe adecuarse a la Constitución y a las leyes nacionales. Ese estatuto es aprobado por el gobierno regional, pero su entrada en vigencia está condicionada a su sanción mediante una ley del parlamento. La Constitución enuncia las potestades legislativas que pueden ser conferidas a la región, tales como ferias y mercados, asistencia sanitaria y hospitalaria, museos y bibliotecas, urbanismo, turismo, obras públicas de interés regional, caza y pesca, agricultura y bosques, y otras de naturaleza similar. Las normas regionales que regulen tales materias no pueden contradecir a las leyes nacionales, ni ser opuestas a los intereses del Estado o a los intereses de otras regiones.

Por su parte, la Constitución de España de 1978 dispone que las provincias con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y aquellas que tienen entidad regional histórica pueden convertirse en Comunidades Autónomas. La creación de las regiones debe ser hecha por las Cortes Generales mediante la sanción de una ley orgánica, correspondiendo también a ese órgano del gobierno central la aprobación del estatuto de la región.

Si bien el fenómeno del regionalismo se presenta usualmente en los Estados unitarios, no hay reparos para que su manifestación tam-



bién se produzca en un Estado federal. En tal caso, consistirá en una descentralización o concentración provincial donde, la relación de subordinación, se verificará entre la provincia o las provincias y la región.

## 120. EL REGIONALISMO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

El art. 124 de la Constitución faculta a las provincias para concertar entre ellas acuerdos destinados a la creación de regiones con propósitos de desarrollo económico y social, así como también para establecer órganos comunes de gobierno administrativo en dichas regiones. El único objetivo que tendrán esos órganos, y las facultades que se les confieran, será el de posibilitar el cumplimiento de los fines que condujeron a las provincias a crear la región.

Se trata de una de las consecuencias específicas que derivan del art. 125 de la Constitución. Este último (276) faculta a las provincias para celebrar entre ellas tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos o emprendimientos de utilidad común.

Es importante destacar que, la finalidad constitutiva de una región, no puede responder a objetivos políticos. Los órganos creados por los tratados interprovinciales carecen de capacidad decisoria política y sólo cumplen una función de simple gerenciamiento en aquellas materias económicas y sociales previstas en esos convenios. El art. 124 de la Constitución no incluye esa finalidad política porque ello importaría colisionar con su art. 13 que, en materia política, permite la conformación de nuevas provincias con la conformidad de las legislaturas provinciales y del Congreso nacional.

En cambio, para la conformación de regiones, el art. 124 de la Ley Fundamental solamenté requiere que el tratado sea puesto en conocimiento del Congreso nacional y no a su aprobación (277). Un convenio regional por el cual se establezcan órganos gubernamentales comunes con potestades políticas carecería de validez constitucional.

La celebración de tales tratados parciales es el instrumento mediante el cual las provincias puedan establecer regiones sobre par-

(276) PEDRO J. FRÍAS, *Los tratados interprovinciales*, LA LEY, 153-689.

(277) ALBERTO A. SPOTA, *Ensayo sobre el art. 124 de la Constitución Nacional*, p. 1, *El Derecho*, Suplemento de Derecho Constitucional del 22 de diciembre de 2000.

celas territoriales de ellas con fines exclusivamente económicos y sociales. Asimismo, para la regulación de los medios establecidos en esos tratados y la concreción de los objetivos perseguidos, las provincias pueden crear organismos gubernamentales comunes con funciones de índole administrativa.

Consideramos que la formación de regiones interprovinciales es viable aunque no estén previstas en las Constituciones locales. La autorización que emana de la Constitución nacional y la circunstancia de que se trata de una facultad reservada por las provincias, avalan esa solución interpretativa. Con mayor razón no habrá reparos constitucionales si la creación de las regiones, con iguales fines, es resuelta por una provincia en su ámbito territorial y siempre que ello no altere el régimen municipal.

Tales regiones son una especie de descentralización territorial administrativa con fines específicos. Pueden ser de índole puramente administrativa para la regulación de ciertos recursos comunes, o de carácter relativamente más amplio previendo el funcionamiento de organismos que, además de ejecutar, estén encargados de reglamentar las previsiones comunes en materia económica y social contenidas en el tratado interprovincial.

Claro está, que estas regiones carecen de soberanía —que reside en el Estado federal— y de autonomía originaria que es propia de las provincias. Sólo pueden disfrutar de autarquía y de cierta autonomía derivada limitada a la concreción de las metas económicas y sociales propuestas.

El regionalismo que prevé el art. 124 de la Constitución puede constituir un complemento eficaz para el régimen federal. Superando un enfoque esquemático que circunscribe la actuación provincial a los límites resultantes de sus fronteras, el regionalismo apunta a la agrupación total o parcial de las provincias, en todo o parte de sus ámbitos territoriales, con el propósito de reflejar soluciones apropiadas a sus realidades sociales y económicas que permitan colmar las necesidades comunes de sus pueblos.

Pero esa agrupación, que solamente es viable por acuerdo interprovincial y no por obra de una ley nacional, en modo alguno puede desmembrar el poder político autónomo originario de las provincias. Su límite está dado por la formulación de políticas económicas y sociales comunes bajo la supervisión de órganos administrativos comunes.

El ámbito de las regiones es determinado por las provincias, pudiendo ser extendido solamente sobre el territorio de las partes con-

tratantes. Puede englobar todo el territorio provincial, una parte del mismo, o abarcar uno o varios municipios. Sin embargo, si la creación de una región implica el cercenamiento de las atribuciones que las Constituciones provinciales asignan a los municipios, se requerirá la previa modificación de sus textos.

El art. 124 establece que la concertación de regiones, por vía de tratados interprovinciales, requiere el conocimiento del Congreso nacional. Entendemos que el requisito constitucional se cumple haciendo conocer al Congreso la concertación provincial y antes de su ejecución. Pero, a igual que en el caso del art. 125, entendemos que la validez de esa concertación no está subordinada a una ley aprobatoria del Congreso (278).

La amplitud de las potestades provinciales en el régimen federal, y la cláusula contenida en el art. 121, determinan que el ejercicio de los poderes propios de las provincias, que no han sido transferidos al Estado federal, está exento de soportar toda injerencia del Gobierno nacional, siempre que no se aparten del cumplimiento de los requisitos que condicionan a la garantía federal (art. 5º CN).

La comunicación al Congreso, exigida por el art. 124, es un mecanismo de control. Por una parte para que el Gobierno nacional pueda planificar o determinar las políticas complementarias previstas en el art. 75, inc. 19, de la Constitución para equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias y regiones, pero sin que las mismas puedan alterar los propósitos perseguidos mediante la creación de las regiones.

Por otra parte, responde al propósito de evitar que las provincias, mediante la creación de regiones o la celebración de tratados parciales, puedan desnaturalizar el régimen federal en el ejercicio de sus poderes autónomos incursionando en áreas que la Constitución ha reservado al Gobierno federal, o alterando la esencia de la federación, o del régimen municipal.

De modo que una vez efectuada la comunicación, el Congreso podrá oponerse a la instrumentación o ejecución del acuerdo interprovincial si el mismo importa un exceso en el ejercicio del poder autónomo de las provincias. Esa oposición generará un conflicto que, en última instancia y ante la ausencia de un consenso político, deberá ser resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación diri-

---

(278) GERMÁN BIDART CAMPOS considera que es necesaria una ley previa aprobatoria del Congreso para que el tratado tenga validez (*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, p. 532, Ediar, Buenos Aires 1995).

miendo la cuestión en ejercicio de su potestad jurisdiccional originaria y exclusiva (art. 117 CN).

Las regiones, a igual que los tratados parciales que celebren las provincias, no pueden tener carácter político. Ni siquiera en aquellos casos en que se acepte que el Gobierno federal sea parte en los mismos. No pueden otorgar a las regiones atributos de índole política propios de una autonomía originaria porque, en este caso, sí será necesaria la previa aprobación del Congreso como consecuencia de una razonable y extensiva aplicación del art. 13 de la Constitución.

## 121. ORGANIZACIONES SUPRAESTATALES

El factor históricamente determinante para la aproximación, integración y eventual unión en entidades supraestatales de las naciones ha sido la actividad comercial. La progresiva expansión del comercio internacional y el desarrollo de novedosas tecnologías en la economía y comunicación social generan una creciente interdependencia entre los Estados. La aproximación de los Estados, forjada por razones económicas, puede desembocar en uniones sólidas de carácter político cuando comienza a concretarse la fusión de las comunidades nacionales que, sin perder su fisonomía propia, encuentran nuevos factores de unión que superan a los de carácter económico.

Un claro ejemplo contemporáneo de este fenómeno es la Unión Europea. Su desenvolvimiento se inició en 1948 con la creación de la Organización Europea de Cooperación Económica y, en 1951, con el surgimiento de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Sobre la base de esta última se conformó, en 1958 la Comunidad Económica Europea a la cual, paulatinamente, se incorporaron la casi totalidad de los Estados del viejo continente. Es evidente que esta agrupación respondió, originariamente, a razones económicas. Pero su paulatina consolidación la está proyectando a otras áreas de convivencia política. Así, las referencias a la Comunidad Económica Europea, fueron sustituidas por la simple mención de la Comunidad Europea (279) reflejando un lazo de unión de mayor amplitud y consistencia. Este eslabón del proceso evolutivo, desembocó en la organización de la Unión Europea en 1992 y la constitución de organismos competentes para adoptar decisiones de política económica y

---

(279) HARO, RICARDO, *Las relaciones entre el derecho comunitario europeo y el derecho interno de los Estados miembros*, p. 14, Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Buenos Aires 2003.

normas para su ejecución. Así se creó el Consejo Europeo, la Comisión Europea y el Parlamento Europeo, cuyos miembros son elegidos por sufragio popular y directo, en proporción a la cantidad de habitantes que registre cada Estado. A ellos, que ejercen funciones ejecutivas y legislativas, se añade el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea al cual corresponde resolver los planteos basados sobre la aplicación e interpretación del derecho comunitario.

Las organizaciones supraestatales son una especie de las organizaciones internacionales en las cuales, cada uno de los Estados que las constituyan, delega o limita el ejercicio de su poder soberano aceptando que, sobre determinadas materias, sea ejercido por la entidad supraestatal a través de sus organismos de gobierno.

Frente al concepto clásico del poder soberano estatal, se alzan teorías que propician limitar, reducir, su magnitud mediante transferencias totales o parciales de competencias estatales en beneficio de organizaciones supraestatales de carácter económico o político (280). Todo ello mediante un proceso de integración internacional o asignando, a las normas de los tratados internacionales, un rango superior o equivalente al de las Constituciones de los Estados.

Se trata de un movimiento doctrinario que no está satisfecho con los logros alcanzados en salvaguarda de la libertad y dignidad del hombre dentro del marco tradicional de la conformación del Estado. Es que, muchas veces, la estructura estatal ha sido un medio eficiente para concretar las aberraciones más escandalosas en detrimento de la dignidad humana.

De todos modos, y sin perjuicio de rescatar el propósito loable que inspira a semejante concepción, no podemos incurrir en el desvarío de imputar a la estructura estatal la responsabilidad por aquellas atrocidades porque, en definitiva, su autor ha sido el ser humano apartándose de los fines personalistas de una sociedad política global. La modificación de las estructuras organizativas del poder soberano es un camino estéril si está desprovisto de la previa, o simultánea, educación del hombre para vivir en libertad.

Son numerosas las vías para la integración de los Estados, así como también sus modalidades y características. De su extensión dependerá la subsistencia de un Estado con poder soberano, o su

---

(280) ADOLFO E. BUSCAGLIA, *La Globalización: Los Estados Nacionales y el nuevo Orden Político Mundial*, p. 10, Academia Nacional de Ciencias Económicas, Buenos Aires 1999.

sustitución por novedosas formas de organización política global y soberana (281).

La integración puede limitarse a ciertos aspectos económicos de los Estados. Al propósito de fortalecer y profundizar sus relaciones comerciales con el objeto de mejorar la calidad de vida material de sus habitantes. Puede tratarse de una primera etapa extensiva, posteriormente, al ámbito cultural ya que, el intercambio comercial, ha sido y es la herramienta más eficaz para incrementar el entendimiento entre las naciones. Asimismo, la integración económica puede desembocar en la gestación de zonas de libre comercio o en áreas multinacionales sujetas a una estricta regulación normativa concertada por los Estados partes.

Mediante tratados internacionales resulta viable la creación de organismos técnicos supraestatales destinados a ejecutar los detalles de la política económica acordada por los Estados, sin que ello implique una delegación o transferencia de sus atributos políticos. En tales casos, la política económica común es adoptada por la totalidad de los Estados en ejercicio de sus poderes soberanos, pero las decisiones de índole técnica, si bien pueden resultar de un acuerdo entre la mayoría de los Estados o de resoluciones del organismo supraestatal, carecen de imperium para ser ejecutadas internamente sin el consentimiento específico del Estado miembro.

La integración supraestatal puede responder a objetivos mucho más ambiciosos. No solamente de carácter económico, sino también mediante la incorporación de los Estados con la totalidad de sus cualidades culturales, militares y jurídicas, creando sistemas políticos multinacionales revestidos de un poder total o parcialmente soberano. En estos casos, se establecen mecanismos institucionales donde, los órganos de gobierno representativos de los intereses de los Estados miembros, coexisten con órganos supraestatales cuya misión es representar e interpretar los intereses comunes que motivaron la integración.

La fórmula para solucionar las colisiones producidas entre los actos de los órganos nacionales y supraestatales, permitirá verificar el grado que presenta el poder soberano de los Estados y su capacidad de independencia externa. Permitirá advertir si los Estados miembros de una organización internacional, o algunos de ellos, han transferido una porción de su poder soberano renunciando a su independencia para determinar el contenido de su derecho interno

---

(281) ALBERTO A. SPOTA, *Ensayo sobre la declinación de la supremacía constitucional y del federalismo*, LA LEY, 2000-B, 1118.

respecto de ciertas materias. De ser así, la transferencia se formaliza mediante un tratado o convención internacional que será la ley fundamental del ente supraestatal, al cual quedarán subordinadas, total o parcialmente, las constituciones locales de los Estados miembros. Habrá entonces una organización política global descentralizada, similar a una confederación o una federación.

Para que se opere la transferencia, total o parcial, del poder soberano de un Estado en beneficio de una entidad supraestatal, no es suficiente con atribuir a sus órganos la facultad de sancionar normas jurídicas, sino también la potestad de asignar carácter obligatorio a ellas dotando de *imperium* a su emisor.

Tales actos son aplicables en los territorios de los Estados miembros, ya sea en forma inmediata o porque estos últimos asumen la obligación ineludible de darles ejecución mediante su poder coercitivo interno. Inclusive, el derecho de integración dictado por los órganos supraestatales y aplicado por los órganos estatales, puede quedar sujeto a una interpretación vinculante emanada de organismos jurisdiccionales dependientes de la entidad supraestatal.

Las formas de integración que se expresan en asociaciones estatales constitutivas de entes supraestatales facultados para adoptar decisiones que son obligatorias e ineludibles para los Estados miembros, y ejecutar y controlar su aplicación por vía jurisdiccional, configuran la antesala de nuevas organizaciones políticas globales diferentes a los Estados nacionales. En ellas, los Estados transfieren a los organismos supraestatales competencias políticas propias y se someten a un régimen internacional de sanciones, suscitando un problema complejo de índole constitucional (282) desde el momento que, los órganos nacionales, están delegando y renunciando —aunque sea bajo la condición de reciprocidad— al ejercicio de potestades inherentes a sus poderes soberanos. Y, en la medida que el poder soberano de un Estado deja de ser tal, ya sea total o parcialmente, en el orden interno o externo, nos enfrentamos con un nuevo tipo de organización política global titular del poder soberano que no participa de las características propias y clásicas del Estado o, al menos, de una de ellas que es la existencia de una comunidad nacional. De todos modos ello no es óbice para que la consolidación que se opere en la comunidad internacional pueda derivar en la formación de una comunidad tan estrecha como la nacional.

---

(282) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. I, p. 332, ob. cit.

En ese proceso, necesariamente, se debe producir una integración, al menos parcial, de los ordenamientos jurídicos locales. Así, en el caso de la Unión Europea, se acepta la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho local. Pero ello debe ser consecuencia de una decisión voluntaria del Estado adoptada conforme a sus normas constitucionales. La integración realizada al margen de la ley fundamental de un Estado está viciada de nulidad y puede determinar un posterior desconocimiento del acto de incorporación. Nulidad que no puede ser ignorada por el organismo supraestatal, debiendo exigir al estado interesado en la integración que adecue su ley fundamental como condición previa.

La integración de los Estados con poder soberano en entidades supraestatales, a las cuales se transferirá aquel atributo, constituye una meta anhelada por nuestra doctrina constitucional. Es, probablemente, el fenómeno que se concretará en el siglo XXI si se basa sobre elementos culturales y políticos reales y consentidos por los pueblos, y no por obra de los intelectuales de gabinete que, de manera autoritaria, pretenden imponer sus elucubraciones.

En Europa el proceso de integración responde a razones de identidad cultural, y al afán por concretar un progreso armónico y sin conflictos entre las naciones. En América en cambio, y particularmente en Latinoamérica, la integración fue la propuesta expuesta por los intelectuales de aquellos países sujetos a una continua desconstitucionalización y consecuente degradación de los derechos humanos. En ellos, a diferencia de Argentina, Chile, México y Uruguay, la constitución carece de toda legalidad y legitimidad, y por ello se procura sustituir su esencia con los tratados internacionales que limitan el poder estatal. Pero la integración latinoamericana ha fracasado, a diferencia de la europea, en materia económica y política, generando un estancamiento sin progreso que, quizás, obedece a la ausencia de elementos culturales comunes o a la inmadurez de su dirigencia política y social.

Prestigiosos juristas, como Bidart Campos (283), han propiciado la incorporación de una cláusula a la Constitución que disponga la subordinación del derecho interno, incluyendo a la Ley Fundamental, al derecho internacional resultante de los tratados siempre que no se desfigure la ideología personalista y democrática de la Constitución.

Sin embargo, ese requisito resulta de difícil instrumentación jurídica si no se conserva el poder soberano. ¿Quién decidirá en cada

---

(283) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 183, Ed. Ediar, Buenos Aires 1993.



caso si los actos internacionales se apartan de la ideología personalista y democrática de la Constitución? Si es el propio Estado nacional, en tal caso sus actos tendrán supremacía sobre el derecho internacional y, si es un organismo internacional, no habrá garantía efectiva para preservar aquella ideología personalista y democrática.

La aceptación de este último punto de vista importará privar al poder del Estado de su carácter soberano, y la consecuente creación de una nueva forma de organización política global que estará sometida al poder soberano de una entidad supraestatal.

La pretendida sustitución inmediata y coactiva de los Estados nacionales se trata, a nuestro entender, de una fórmula que no se compadece de manera realista con la posición actual de las relaciones internacionales y, menos aun, con la idea política dominante que, sobre el particular, alberga la mayoría de las comunidades nacionales, incluyendo a la argentina y con exclusión de la europea.

Profundizar y afianzar las relaciones internacionales es una meta loable y necesaria cuyo logro, a esta altura del desarrollo histórico de la civilización, no impone una claudicación del poder soberano de los Estados. Quizás, en un futuro no lejano con los parámetros que se mide la historia de la humanidad, ello será posible y necesario.

Pero en el estado actual de las relaciones internacionales, y teniendo en cuenta la disparidad de los matices culturales, económicos, sociales y tradiciones existentes en las naciones, no resulta una solución conveniente si es que se aspira a desembocar en un sistema sólido, estable y dotado del consenso popular indispensable que solo puede aportar la idea política dominante en la sociedad.

Esa realidad, sociológica y política, impone un deber de prudencia para el legislador. Debe procurar la integración para que un Estado no quede a la zaga de las tendencias modernas imperantes sobre el particular, pero tiene que obrar con particular cautela a fin de evitar el enrolamiento en concepciones utópicas, carentes de realismo, que no respondan a los requerimientos y necesidades de la comunidad nacional. De ser así se corre el riesgo de desarticular el proceso de integración fomentando el resurgimiento del nacionalismo intolerante.

Un ilustre pensador y analista de los sistemas políticos comparados señalaba que la integración, en su faz política, constituye un proceso en el cual las aldeas se convirtieron en distritos o condados que, a su vez, se combinaron en ducados o provincias para fundirse posteriormente en reinos que, por su parte, se han amalgamado muchas veces en federaciones o imperios. Analizando este proceso, que

fue descrito por Dante a fines del siglo XIII y su proyección histórica, podremos vislumbrar la presencia de un gobierno mundial. Es que, ¿no podríamos terminar constituyendo gobiernos más vastos a partir de las divisiones más pequeñas que tenemos ahora? (284).

Para Deutsch, el Estado nacional se encuentra en conflicto potencial con todas las filosofías o religiones que enseñan normas universales acerca de la verdad, de lo bueno y lo malo, sin consideración de naciones o razas, cuando ellas pretenden extenderse sobre el ámbito de las relaciones políticas (285). Sin embargo, tras admitir que el Estado nacional realiza más servicios a los que ha llevado a cabo cualquier otro tipo de organización política global en la historia del mundo, recomienda que el realismo de un proceso de integración esté supeditado al principio de la autodeterminación de los pueblos, porque el incremento paulatino de sus capacidades cognitivas para la convivencia internacional es el requisito ineludible que condiciona la concreción de una integración eficaz, realista y consentida (286).

Los tratados internacionales, y en particular los tratados de integración, son frutos de la política internacional desarrollada por los Estados en el marco de las relaciones internacionales. Relaciones generadas por diversos factores sociales, políticos, económicos y humanitarios que procuran conciliar intereses contrapuestos. En algunos casos de manera frontal, efectiva y realista, mientras que, en otros, bajo la apariencia de plasmar en normas jurídicas obligatorias, ineludibles y casi pétreas la organización política de una entidad supraestatal destinada a suplantar a los Estados actuales.

En materia de relaciones internacionales, existen dos grandes enfoques o líneas de pensamiento. De la correcta elección de uno de ellos, depende el éxito de un proceso de integración. Uno de ellos es el enfoque idealista o jurídico. Procura ordenar, por medios jurídicos, un ordenamiento político mundial sobre la base de la presunta preexistencia de principios racionales y morales dotados de validez universal. Afirma la vigencia de una comunidad mundial integrada por los habitantes de todos los Estados nacionales, cuya organización sólo requiere del fiel cumplimiento de los compromisos jurídicos externos asumidos por ellos con prescindencia de sus cambiantes intereses y necesidades.

---

(284) KARL W. DEUTSCH, *El nacionalismo y sus alternativas*, p. 12, Ed. Paidós, Buenos Aires 1972.

(285) KARL W. DEUTSCH, *Política y gobierno*, p. 130, Fondo de Cultura Económica, Madrid 1976.

(286) KARL W. DEUTSCH, *Política y gobierno*, p. 565, ob. cit.

En cambio, para el enfoque realista, las relaciones internacionales son consecuencia de la confrontación entre intereses nacionales contradictorios que se procuran conciliar aunque sin aspirar, de manera inmediata, a concretar una organización supraestatal duradera, efectiva y dotada de poder soberano, hasta tanto no se verifique la real existencia de una comunidad internacional lo suficientemente sólida para servir de sustento a ese ente supraestatal. Comunidad que sólo se manifestará plenamente cuando se haga efectiva la integración cultural, económica y social entre los Estados nacionales reduciendo la posición preferente que tienen algunos de ellos, y cuando el bien común prevalezca espontáneamente sobre los intereses particulares de esos Estados que no deberían oponer reparos para otorgar las concesiones pertinentes.

Si bien ambos enfoques han sido esbozados por la teoría de las relaciones internacionales, en la práctica de la política externa de los Estados que ejercen un liderazgo en dicho marco se aplica, preferentemente o casi en forma exclusiva, el enfoque realista. Enfoque merced al cual se han obtenido importantes logros para la convivencia armónica entre las naciones, como es la Comunidad Europea.

Es razonable sostener, aplicando el enfoque idealista, que así como debería ser coherente la política interna de un Estado con su política exterior, también debería mediar coherencia entre el orden jurídico interno del Estado y el externo que se comprometió a cumplir. Pero el afán por concretar esa coherencia, llevado hasta sus últimas consecuencias, puede desembocar en resultados arbitrarios y diferentes de los perseguidos con la aplicación estricta de ese enfoque, y extraños a la idea dominante en la sociedad.

Si para concretar esa coherencia le asignáramos al Congreso, o a un organismo judicial especial, el ejercicio exclusivo del control de constitucionalidad sobre los tratados al momento de su aprobación, y sin que esa decisión fuera susceptible de revisión ulterior, estaríamos subordinando el dinamismo social a la conformación estática de una norma jurídica con prescindencia del bien común de la comunidad nacional. Si la transferencia o delegación de competencias por obra de un tratado de integración no fuera revisable unilateralmente cuando, con el transcurso del tiempo, se llegara a constatar su inconstitucionalidad o apartamiento de las exigencias del bien común, tal como lo establece el art. 46 de la Convención de Viena, se corre el riesgo de fomentar una ruptura del orden jurídico internacional porque las normas legales jamás pueden ser obstáculos idóneos para impedir la satisfacción de las necesidades sociales.

La presión del pluralismo anula la vigencia y legitimidad de toda norma jurídica que impida satisfacer esas necesidades. Esa ruptura no es la solución más adecuada, y para preservar el prestigio de las normas internacionales, es conveniente brindar a los Estados la posibilidad de apartarse legalmente de ellas cuando la dinámica social interna así lo requiera. Es conveniente que, como consecuencia de ese proceso dinámico interno y de las modificaciones que se pueden operar en la idea política dominante de una sociedad, los Estados puedan unilateralmente adecuar las normas jurídicas internas e internacionales que les son aplicables a su nueva realidad política, económica y social, y hasta que no quede consolidada la estructura de la integración sobre bases sociológicas y no meramente jurídicas.

Tanto el enfoque idealista, en forma inmediata y consciente, como el enfoque realista, de manera mediata e inconsciente, procuran la integración de los Estados en una organización política supraestatal. Pero difieren sobre el camino a seguir para alcanzar esa meta universal. El primero propicia la coacción jurídica desconociendo la realidad política, mientras que el segundo otorga primacía a esa realidad sobre el derecho, por entender que la norma jurídica debe ser siempre reflejo de una realidad positiva y acorde con el bien común.

Estimamos que la aplicación del enfoque realista presenta la virtud de respetar las ideas políticas dominantes en los diversos pueblos, sus modalidades, características y necesidades que forjan sus instituciones y estilos de vida. Pero ese respeto en modo alguno se opone a la integración de los Estados en nuevas formas de organización política global, sino que aspira alcanzar semejante meta de manera gradual, desprovista de métodos coactivos y sobre la base de la guía resultante de la prudencia política.

El dinamismo de la vida social y de las relaciones internacionales torna conveniente instrumentar un proceso de integración, aunque de manera gradual y realista. Esa integración debe estar condicionada a la asimilación cultural y política del fenómeno por la sociedad —y no solamente por una minoría ilustrada de intelectuales cuyas buenas intenciones están fuera de duda— y a la preservación, en instancia final, del poder soberano del Estado para contrarrestar los efectos de una hipótesis de conflicto inconciliable con la salvaguarda de los intereses locales.

## 122. LA INTEGRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Compartimos la opinión de Linares Quintana (287) quien, a la luz de un enfoque jurídico, afirma que el principio de la supremacía de la Constitución, establecido por su art. 31, se impone frente a toda norma jurídica, inclusive los tratados internacionales por imposición del art. 27, los cuales para su validez deben ajustarse a todos los principios contenidos en la Ley Fundamental. Principios que, conforme al pragmatismo de la idea política dominante en la sociedad, no autorizan una delegación o transferencia, definitiva o incondicional, del poder soberano del Estado tal como lo requieren ciertas especies del proceso de integración.

El art. 75, inc. 24, de la Constitución prevé los tratados de integración cuyo objetivo consiste en delegar competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales.

Estos tratados tienen jerarquía superior a las leyes sancionadas por el Congreso. Esa supremacía frente a la ley también es acordada a las normas que dicten los órganos de la entidad supraestatal dentro de los límites resultantes de las competencias delegadas por el tratado de integración. Semejante cláusula puede acarrear una cuota importante de inseguridad jurídica cuando se opere la subordinación, o quizás derogación, implícita o tácita de las leyes respecto de las normas que dicten los órganos de las entidades supraestatales.

Sin embargo, tales tratados y normas están subordinados a la Constitución nacional. Ella dispone que su validez está condicionada a: 1) reciprocidad e igualdad de los Estados que suscriben el tratado de integración; 2) respeto del orden democrático; 3) respeto de los derechos humanos. Los dos últimos requisitos están tipificados, en cuanto a sus contenidos, por la propia Constitución.

Cumplidas tales condiciones, cuya verificación en cada caso concreto incumbe en última instancia al Poder Judicial y no a un organismo jurisdiccional supraestatal, los tratados de integración son constitucionales y tienen un rango superior al de las leyes del Congreso.

Las condiciones impuestas por la Constitución, revelan que no hay una efectiva transferencia del poder soberano del Estado. Ello es así porque, la validez de esos tratados y de las normas que dicten los entes supraestatales, está condicionada por el cumplimiento del orden democrático concebido, no solamente como forma de gobier-

---

(287) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. I, p. 333, ob. cit.

no, sino también como estilo de vida. Hay, entonces, una delegación condicional y revocable.

Ese orden democrático, a través de un enfoque restrictivo, está compuesto por: 1) la forma federal de Estado, tal como la tipifica la Constitución; 2) el gobierno republicano y representativo con todas las cualidades resultantes de una interpretación sistemática de la Ley Fundamental; 3) la preservación de la libertad y dignidad de las personas. Y, ese orden democrático establecido por la Constitución, resulta ilusorio si llegara a estar desprovisto de un poder soberano que le dio origen y cuyo ejercicio, en última instancia, está configurado por el poder constituyente previsto en el art. 30 de la Constitución. Artículo, este último, que le asigna a los ciudadanos, por medio de sus representantes especiales —los convencionales—, la facultad de modificar la Ley Fundamental a la cual están subordinados los tratados internacionales, cualquiera sea su especie.

Todos los tratados, incluyendo los de integración generadores de entidades supraestatales, están sujetos a la cláusula contenida en el art. 27 de la Constitución. Esa norma condiciona la validez de los tratados a que sean conformes con los principios de derecho público establecidos en la Ley Fundamental, siendo que todos los enunciados de una Constitución son, necesariamente, de derecho público y de orden público. También están sujetos a la prohibición contenida en el art. 29 que veda al Congreso la concesión de potestades extraordinarias al Poder Ejecutivo. Tal norma es extensible a cualquier otro organismo nacional o supraestatal.

Sin embargo, y prescindiendo de las cláusulas de la Constitución, con frecuencia se invoca el art. 27 de la Convención de Viena, para sostener la invalidez de todo acto gubernamental mediante el cual se pretenda desconocer la vigencia de un tratado internacional por ser contrario a las cláusulas de la Constitución.

El art. 27 de la Convención de Viena establece que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. Pero, la propia Convención en su art. 46 dispone que un Estado puede alegar la nulidad de un tratado si viola las disposiciones de su derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados —tanto formal como sustancial—, cuando ella es manifiesta y afecta a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

La Constitución, y todas sus cláusulas son normas de importancia fundamental conforme al art. 46 de la Convención de Viena. Es la Ley Suprema de la cual depende la validez de las restantes normas del derecho interno, es un instrumento de gobierno y un símbolo de

la nacionalidad que explicita los fines del Estado. De modo que, si para la Constitución —norma de importancia fundamental— los gobernantes no pueden celebrar, aprobar, ni ratificar tratados que se opongan a sus preceptos, la concertación de un documento internacional que presente semejante vicio determina su insalvable nulidad y, por consiguiente, la inaplicabilidad del art. 27 de la Convención de Viena. No solamente porque esa es la solución que emana de los arts. 27 y 31 de la Constitución, sino también porque así lo establece la propia Convención en su art. 46.

Igual solución es aplicable frente a los actos emanados de los órganos de las entidades supraestatales.

La eventual descalificación interna de un tratado internacional por estar en pugna con la Constitución, no autoriza la aplicación de sanciones por un ente supraestatal al Estado nacional, porque importaría desconocer el atributo soberano del poder estatal.

Diversas normas del derecho internacional avalan esa solución. El art. 27 de la Carta Orgánica de la Organización de los Estados Americanos, aprobada por la ley 17.281, establece que toda agresión contra la soberanía de un Estado americano será considerada como un acto de agresión contra los demás Estados americanos. Asimismo, la Resolución 2131 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 21 de diciembre de 1965, establece que ningún Estado o grupo de Estados puede aplicar, o fomentar, el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para impedir que otro Estado pueda ejercer sus derechos soberanos.

En síntesis, pretender que un Estado se subordine a normas jurídicas internacionales que vulneran su Ley Fundamental, configura una actitud que desconoce el poder soberano de ese Estado y su condición de entidad independiente en el orden exterior, lo cual no es óbice para que, en ejercicio de ese poder, se subsane el conflicto mediante la reforma y adecuación de aquella Ley Fundamental.

### 123. SOBERANÍA, AUTONOMÍA Y AUTARQUÍA

Los conceptos de soberanía, autonomía y autarquía se relacionan con el grado de centralización o descentralización que puede presentarse en una organización política global. Su uso, a pesar de ser frecuente, tanto en el ámbito político como en el jurídico, no está precedido por una clara y uniforme definición del contenido de cada uno de esos vocablos.

El concepto de soberanía, su caracterización y efectos, ha sido objeto de una polémica intensa en el derecho público. El empleo de enfoques metodológicos diferentes para brindar una explicación sobre un mismo fenómeno político, contribuyó decisivamente para mantener en la penumbra el concepto de soberanía.

La aplicación simultánea de enfoques jurídicos, de ciencia política y de política agonal determinó la expresión de un concepto vago, confuso y equívoco, aunque impregnado de una intensa fuerza emotiva que, así como posibilitó la consolidación de los Estados modernos, también condujo a justificar las más aberrantes violaciones a la dignidad humana.

Esto último, en gran medida, debido a que la soberanía constituyó el estereotipo de concepciones políticas destinadas a explicar la legitimidad del poder, como medio para imponer la obediencia aunque prescindiendo de los objetivos humanistas a que responde su ejercicio.

Jean Bodin fue el primer teórico que expuso la doctrina sobre la soberanía en su obra "Los seis libros de la república", publicada en 1576 (288). Definía a la república como un recto gobierno de varias familias y de lo que les es común con potestad soberana, añadiendo que la soberanía es la potestad absoluta y perpetua de la república que se ejerce sobre súbditos y ciudadanos sin restricciones legales.

Para Bodin la soberanía es una potestad absoluta cuyo sujeto es la república. Se ejerce sobre los ciudadanos mediante la sanción, interpretación y ejecución de las leyes, estando ese ejercicio desprovisto de todo límite emanado del derecho positivo.

Bodin concentraba la titularidad de la soberanía en la república, concebida como sinónimo del Estado. Novedosa forma de organización política global mediante la cual se pondría final a las turbulentas guerras civiles que, regularmente, asolaban a los países europeos y, en particular, a Francia.

Sin embargo, para consolidar a esa forma de organización política global, dotando de seguridad y orden a la convivencia social, Bodin personalizaba la titularidad para el ejercicio de la soberanía en la figura del monarca. Esa concepción, llevada a su extremo por algunos pensadores, desdibujó la distinción implícita de Bodin entre ti-

---

(288) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. I, p. 123, ob. cit.; MARIO JUSTO LÓPEZ, *Introducción a los Estudios Políticos*, t. I, p. 349, ob. cit.; JEAN J. CHEVALIER, *Los grandes textos políticos*, p. 41, Ed. Aguilar, Madrid 1965.



tularidad de origen y titularidad en el ejercicio de la soberanía, concentrando ambos aspectos en el rey y atribuyendo legitimidad a semejante conclusión mediante la doctrina del derecho divino de los reyes. Es así que la doctrina de la soberanía fue el instrumento apriorístico para justificar y legitimar el poder del rey y la consecuente obediencia inexcusable de los ciudadanos, tal como aparece expuesta en el pensamiento de Jacobo I, Filmer, De Maistre y De Bonald.

Frente al concepto de la soberanía del príncipe comenzó a desarrollarse en los siglos XVII y XVIII, por obra fundamentalmente del jusnaturalismo, un traspaso de esa titularidad de la soberanía del rey hacia los ciudadanos, el pueblo o la nación. Esa nueva idea política dominante presentaba variados matices.

En algunos casos tenía efectos absolutistas prescindentes de la finalidad en el ejercicio del poder, tal como en el pensamiento de Hobbes y Blackstone. Inclusive Rousseau, al proclamar la infalibilidad de la voluntad general, quedaba enrolado en esa línea de pensamiento político cuyos resultados fueron puestos en evidencia con el sistema implantado en la práctica política francesa de 1793. En cambio, en otros casos, aquel traslado de la soberanía estaba desprovisto de efectos absolutistas, como aconteció en las obras de Locke, Montesquieu, Sieyés y Benjamin Constant.

De todas maneras, la generalidad de las teorías que se han expuesto acerca de la soberanía son el resultado de una política agonal predeterminada (289), muchas veces dogmáticas, al margen del análisis científico de los hechos y casi siempre influidas por razonamientos y prejuicios ideológicos o de intereses políticos circunstanciales. Sobre la base de dichas doctrinas se ha procurado elaborar un concepto de legitimidad del poder para justificar su conquista por cualquier medio o la permanencia de un grupo social estratificado en su ejercicio.

En cambio, si el enfoque del problema se realiza sobre la base de un análisis rigurosamente científico de la realidad política y social, la noción de la soberanía es sencilla y fácilmente verificable.

Una de las condiciones indispensables para la existencia de una sociedad global dotada de organización política, y por ende del Estado, es el poder. No cualquier especie de poder, sino solamente del poder político que, como tal, abarca y está por encima de los poderes económico, militar, gremial, familiar, disciplinario, religioso, exis-

---

(289) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. I, p. 133, ob. cit.

tentes en una sociedad, generando relaciones de mando y obediencia que se imponen a las que emanan de las restantes especies del poder.

A ese poder político, Jellinek (290) lo identificaba con la soberanía, distinguiendo a la "soberanía del Estado" —titularidad de origen— de la "soberanía en el Estado" —titularidad del ejercicio— y le asignaba ciertas características que, junto a las atribuidas por otros autores (291) se sistematizan en: 1) supremo porque no existe otra potestad que se le imponga; 2) ilimitado, por no estar sujeto a restricciones jurídicas positivas; 3) absoluto, porque es ineludible en el ámbito de la sociedad global; 4) indivisible, porque no es compartido; 5) perpetuo, por carecer de limitación temporal; 6) imprescriptible, porque no se opera su caducidad por la falta de ejercicio.

Sin embargo, la supremacía del Estado y de sus fines personalistas —cuando así aparece impuesto por el movimiento constitucionalista—, en su condición de sociedad global políticamente organizada, sobre todos los demás grupos sociales y comunidades que abarca, obedece a que está dotado de un poder político que presenta todas las características atribuidas a la soberanía.

De modo que el concepto de soberanía no es independiente, sino que alude a una cualidad propia del poder estatal (292): supremo, ilimitado, absoluto, indivisible, perpetuo e imprescriptible. A una cualidad sin cuya existencia, con todas las características que le hemos atribuido, no es posible verificar la presencia de un Estado. Si el poder no es soberano, no habrá propiamente un Estado sino alguna otra especie de organización política global.

En síntesis, el concepto de soberanía define y tipifica al poder del Estado como la superioridad frente a todo otro poder social que se desenvuelve en el ámbito del Estado y que ejercen los diversos grupos sociales que integran el elemento humano de la organización política global. A ello se añade la independencia de ese poder del Estado frente a cualquier voluntad externa de la organización estatal. El poder soberano del Estado es independiente en el ámbito externo y supremo en el ámbito interno.

---

(290) GEORG JELLINEK, *Teoría general del Estado*, p. 354, Ed. Albatros, Buenos Aires 1943.

(291) MARIO JUSTO LÓPEZ, *Introducción a los Estudios Políticos*, t. I, p. 349, ob. cit.

(292) FAUSTINO J. LEGÓN, *Tratado de Derecho Político General*, t. I, p. 200, Ed. Ediar, Buenos Aires 1959; GERMÁN BIDART CAMPOS, *Derecho Constitucional*, t. I, p. 296, ob. cit.

La titularidad de origen y pertenencia del poder soberano corresponde exclusivamente al Estado que es supremo en el orden interno e independiente en el externo. Pero la titularidad de ese poder, en lo que atañe a su ejercicio, y por imposición de la idea política dominante en la sociedad generada por el movimiento constitucionalista, corresponde al grupo humano que integra el Estado, el cual lo hace en forma directa o por medio de sus representantes que conforman el gobierno.

La concepción del poder soberano estatal es una creación doctrinaria o intelectual estática, desarrollada con el objeto inmediato de brindar orden y seguridad a la convivencia social mediante el apuntalamiento del principio de autoridad. Pero como el Estado no es un fin en sí mismo, aquella concepción aparece acompañada por una idea política dominante que determina cuáles son los fines mediatos del Estado.

En síntesis, con la doctrina del poder soberano se busca el orden y la seguridad mediante la consolidación del Estado y el principio de autoridad que presupone. Todo ello para alcanzar los grandes fines que impulsaron a los hombres en el acto de la formación de la sociedad política global, o al adoptar la decisión política de preservar su subsistencia.

Esa finalidad mediata, que surge de la idea política dominante en la sociedad, y que a partir de la segunda mitad del siglo XX está firmemente reflejada en la libertad y dignidad del hombre como valores supremos en la escala axiológica, coincide en sus contenidos con los fines personalistas del secular movimiento constitucionalista y es esencialmente dinámica. Mientras que la estructura del poder soberano estatal es estática, la idea política dominante en el seno de la sociedad es fundamentalmente dinámica.

Consecuencia del dinamismo de la idea política dominante y de las variaciones que se operan en su contenido, es lo que se ha denominado la crisis o transformación del concepto de soberanía con motivo del desarrollo experimentado, en el curso del siglo XX, por las organizaciones internacionales que agrupan a Estados soberanos. Agrupación que responde al propósito de avalar una convivencia pacífica entre las naciones y salvaguardar las libertades naturales del hombre quien es, en definitiva, el artífice del Estado y destinatario de sus fines personalistas.

La autonomía es la potestad que tiene una entidad para dictar normas jurídicas de carácter general, que son obligatorias e ineludibles en su ámbito jurisdiccional.

La autonomía está englobada en el concepto de soberanía porque, entre otros atributos, el poder soberano también puede dictar normas jurídicas de carácter general. La diferencia entre el poder soberano y el poder autónomo no reside en la potestad sancionatoria de las normas jurídicas, sino en que la coexistencia de ambos determina la subordinación del segundo al primero.

Esa subordinación acarrea, necesariamente, que las normas jurídicas resultantes del ejercicio del poder autónomo estén condicionadas, en orden a su validez, a su adecuación a las normas jurídicas provenientes del poder soberano.

La autonomía puede ser originaria o derivada. Es originaria cuando surge conjuntamente con el poder soberano y no es una creación de este último. Tal es la situación que presentan las provincias en un Estado federal.

Es derivada cuando su conformación obedece al ejercicio del poder soberano que delimita su contenido y extensión, quedando facultado para introducirle las modificaciones que estime pertinentes. Tal es la situación que presentan las regiones en un Estado unitario.

En esta relación con la soberanía, el poder autónomo es el poder propio de una entidad, originario o derivado, para sancionar normas jurídicas y regirse por ellas, dentro de los límites establecidos por el poder soberano (293).

Ese poder de los entes autónomos para dictar sus propias normas jurídicas no siempre se limita al ámbito legislativo propiamente dicho. Cuando se trata de una autonomía originaria, también se extiende sobre un poder constituyente derivado, o de segundo grado, que le permite, a dicha entidad, determinar la conformación y contenidos de su propia organización (294).

Así como la autonomía es un concepto que describe una realidad de envergadura política inferior a la soberanía, la autarquía representa un fenómeno similar frente a la autonomía. Su jerarquía política es inferior al de la autonomía porque se limita a la potestad de administrarse a sí mismo.

La autarquía, o potestad de autoadministración, no se traduce en la facultad de dictar normas jurídicas generales sino de ejecutar

---

(293) MIGUEL S. MARIENHOFF, *La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y la Constitución Nacional de 1994*, *El Derecho* 164-1113.

(294) HORACIO GARCÍA BELSUNCE, *La autonomía de los municipios provinciales en la reforma constitucional de 1994*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires 1995.

las normas que han sido emitidas por una entidad de jerarquía política superior. A lo sumo, puede abarcar una potestad reglamentaria de las normas jurídicas, pero no la de sancionar esas normas generales (295).

La autarquía, como facultad de ordenar la propia administración, es un concepto que no se vincula con la descentralización política, tal como acontece con la autonomía, sino con la descentralización administrativa.

## 124. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

El vocablo soberanía está incorporado en forma expresa a dos cláusulas constitucionales.

El art. 33 dispone que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no pueden ser entendidas como la negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno.

El art. 37 establece que la Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en su consecuencia.

La Primera Disposición Transitoria incluida con la reforma constitucional de 1994, dispone que la Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur, Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser partes integrantes del territorio nacional.

En otras cláusulas de la Constitución, sin utilizar el vocablo soberanía, se desarrollan aspectos propios de su significado. Así, el art. 22, ratificando la forma representativa de gobierno a la cual alude el art. 1º, dispone que el pueblo gobierna y delibera por medio de sus representantes y autoridades constitucionales, con la salvedad contemplada en los arts. 39 y 40 para el derecho de iniciativa y la consulta popular vinculante.

El art. 27 establece que los tratados internacionales que celebre el Gobierno federal deben ser conformes con los principios de derecho público establecidos en la Constitución.

---

(295) MARIO JUSTO LÓPEZ, *Introducción a los Estudios Políticos*, t. II, p. 225, ob. cit.

El art. 29 prohíbe al Congreso conceder al órgano ejecutivo facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarle sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna.

En el sistema de la Constitución nacional, y como consecuencia de una interpretación sistemática y dinámica de su texto, no cabe duda que el poder soberano reside exclusivamente en el Estado federal. Las provincias, que eran titulares de un poder similar cuando se resolvió sancionar la Ley Fundamental, transfirieron dicho poder al Estado federal reteniendo todos los atributos propios de la autonomía originaria conforme al art. 121 de la Constitución. Ellas conservan todo el poder normativo que no delegaron al ser aprobada la Constitución, y el que se reservaron expresamente al tiempo de constituir al Estado federal.

La extensión con la que suele ser utilizada la expresión autonomía, ha determinado discrepancias en nuestra doctrina constitucional sobre si la autonomía es una cualidad exclusiva del poder provincial, o si también se extiende al atributo reconocido a los municipios y otras entidades.

La expresión soberanía está enunciada en la Constitución. También lo están los vocablos autonomía y autarquía a partir de la reforma constitucional de 1994. El primero, en los arts. 85, 86, 120, 123 y 129. El segundo, en el art. 120.

El art. 85 de la Constitución, al crear la Auditoría General de la Nación, establece que se trata de un organismo de asistencia técnica del Congreso que tiene "*autonomía funcional*". Similar referencia la encontramos en el art. 86, cuando dispone que el Defensor del Pueblo es un órgano independiente, instituido en el ámbito del Congreso, que actúa con plena "*autonomía funcional*". A esa especie de autonomía también se refiere el art. 120 cuando prescribe que, el Ministerio Público, es un órgano independiente con "*autonomía funcional*" y "*autarquía financiera*".

El significado que se le asigna a la palabra autonomía en los casos de los artículos citados es incorrecto. La Auditoría General, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público no están facultados para dictar normas jurídicas generales, no tienen un poder constituyente de segundo grado ni son titulares de un poder político autónomo.

Acudiendo a las reglas de interpretación constitucional, y en particular a la semántica, el significado de tales cláusulas pone de relieve que la expresión "*autonomía funcional*" ha sido empleada con referencia exclusiva al funcionamiento de los integrantes de tales

órganos y no a sus estructuras. Describe un funcionamiento libre e independiente que está desprovisto de toda subordinación a las eventuales instrucciones que pudieran emanar de otros órganos sobre la forma en que deben ser desempeñadas las tareas asignadas por la Constitución. El Auditor General, el Defensor del Pueblo y los integrantes del Ministerio Público, deben ejercer sus competencias constitucionales o legales, sin quedar sujetos a las órdenes de otros órganos del gobierno.

El art. 129 de la Ley Fundamental dispone que el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires es "*autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción*". Esta norma le atribuye a la Ciudad de Buenos Aires cierto grado de autonomía derivada sin configurar un reconocimiento de autonomía originaria que es propia de las provincias. Esa autonomía, que es similar a la que tienen las regiones, está sujeta a mayores limitaciones constitucionales que la autonomía originaria de las provincias. Esto es así porque la Ciudad de Buenos Aires solamente tiene las potestades que le confiere la Constitución, quedando al margen de la previsión contenida en el art. 121 de la Ley Fundamental. Además, mientras prosiga siendo Capital de la República, su poder autónomo estará limitado por las disposiciones de la Ley 24.588, u otra similar que se sancione en el futuro, que garantizan los intereses del Estado nacional conforme lo establece el art. 129 de la Ley Fundamental. Limitaciones que pueden ser aumentadas por el Congreso Nacional en cualquier momento.

La cláusula conflictiva es la que contiene el art. 123 de la Constitución. Establece que, de conformidad a lo dispuesto en el art. 5º, las provincias deben asegurar la "*autonomía municipal*". Tal cláusula suscita la duda sobre si los municipios son entidades autónomas o autárquicas.

Tradicionalmente, tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como nuestra doctrina constitucional y administrativa, habían sostenido que, si bien el régimen municipal está impuesto de manera obligatoria por el art. 5º de la Constitución, los municipios no eran entidades autónomas sino autárquicas (296). Sin embargo, sobre la base de una interpretación literal de las cláusulas constitu-

---

(296) Fallos CS 114:282. JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, p. 659, Ed. Estrada, Buenos Aires 1983. RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, t. II, p. 11, Ed. El Ateneo, Buenos Aires 1947. BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, t. II, p. 405, TEA, Buenos Aires 1950. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Gobierno y Administración de la República Argentina*, t. II, p. 55, TEA, Buenos Aires 1946. JUAN CARLOS CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 388, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1991.

cionales reformadas en 1994, algunos autores sostienen que se trata de entidades autónomas (297). Los municipios serían entes autónomos con proyecciones institucionales, políticas, administrativas, económicas y financieras que, en mayor o menor medida, deben estar previstas en las constituciones provinciales o en las leyes locales reguladoras de los municipios.

Esa autonomía municipal ya había sido expuesta por la Corte Suprema de Justicia antes de la reforma constitucional de 1994 cuando, al resolver el caso "*Rivademar*" (298) en 1989, se apartó de su doctrina jurisprudencial clásica. Sostuvo la Corte que el carácter autónomo de los municipios proviene de su origen constitucional, a diferencia de las entidades autárquicas que tienen origen legal. Añadió que, aunque no se reconozca la autonomía municipal, no se puede prescindir de la necesaria existencia de un régimen municipal como el impuesto por el art. 5º de la Constitución. Por ende, las leyes provinciales no pueden omitir el establecimiento de los municipios y tampoco pueden privarlos de las atribuciones mínimas para el desempeño de su cometido, entre las cuales figura la de fijar la planta de su personal con la consecuente facultad para designarlo y removerlo.

Siguiendo esa línea de pensamiento, en el caso "*Municipalidad de la Ciudad de Rosario*" (299), la Corte volvió a destacar que el concepto de autonomía provincial significa que las provincias no pueden privar a los municipios de ciertas atribuciones mínimas y necesarias para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo, poco después, al resolver el caso "*Universidad de Buenos Aires*" (300), la Corte destacó que la expresión "*autonomía universitaria*" debe ser entendida, no en un sentido técnico, sino con un significado acorde a la amplia libertad que requiere el desarrollo de funciones científicas y culturales, porque las únicas entidades autónomas son las provincias. "*Autonomía universitaria*" sería sinónimo de "*autonomía académica*", criterio que compartimos.

Consideramos que los municipios no pueden ser desconocidos, y si bien tienen jerarquía constitucional, no son por naturaleza entidades autónomas sino autárquicas, o en todo caso, entidades con autonomía derivada pero no originaria como la de las provincias. Ellas, originariamente, tienen la potestad de administrarse a sí mismas sin que puedan ser objeto de ingerencia provincial.

---

(297) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, p. 521, ob. cit.

(298) Fallos CS 312:326; LA LEY, 1989-C, 49; DJ, 1989-2-425.

(299) Fallos CS 314:497; LA LEY, 1998-D, 281; DJ, 1998-3-888.

(300) Fallos CS 314:570.



Pero, al margen de esa autarquía de tipo originario que disfrutaban los municipios por imposición del art. 5° de la Constitución, es necesario precisar el significado del término autonomía empleado en el art. 123. Las palabras que se utilizan al redactar un texto constitucional no pueden ser soslayadas o desvirtuadas. Se impone su interpretación racional y acorde con las cláusulas de la Constitución en el marco de una interpretación sistemática y semántica.

Esta conclusión no es compartida de manera uniforme por nuestra doctrina y, en particular, por la que se desenvuelve en el ámbito del Derecho Administrativo.

Un sector de ella, siguiendo el criterio imperante antes de la reforma constitucional de 1994, niega todo carácter autónomo a los municipios. Considera que el carácter autónomo que se le asigna a una entidad no depende de la denominación o calificación contenida en una ley o constitución. Esa cualidad, al margen de una interpretación histórica, proviene de la propia naturaleza de la entidad y de su capacidad originaria para sancionar normas jurídicas generales. Capacidad cuyos alcances no pueden ser alterados por una ley y que solamente están supeditados a los preceptos de la Constitución nacional y no a los preceptos contenidos en las constituciones provinciales (301).

Entendemos que, después de la reforma constitucional de 1994, no cabe desconocer cierta autonomía derivada a los municipios ante el texto categórico del art. 123 de la Ley Fundamental (302).

Claro está, que no se trata de la autonomía originaria reconocida a las provincias en su condición política de entidades preexistentes al Estado nacional, y que ellas conservaron según lo establece el art. 121 de la Constitución. Se trata de una autonomía derivada impuesta y creada por la Ley Fundamental o, en todo caso y con mayor propiedad, de una autarquía originaria. De una autonomía derivada o autarquía originaria que, en instancia final, es consecuencia de una delegación de atribuciones realizada por las provincias a raíz de un mandato constitucional.

No se trata de una concesión emanada del Estado nacional. Son las provincias que, en sus constituciones y leyes orgánicas munici-

---

(301) Conf. MIGUEL S. MARIENHOFF, *La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y la Constitución Nacional de 1994*, El Derecho 164-1113; HORACIO GARCÍA BELSUNCE, *La autonomía de los municipios provinciales en la reforma constitucional de 1994*, ob. cit. y, en la misma publicación, la opinión coincidente expuesta por Alberto A. Spota.

(302) ANTONIO HERNÁNDEZ, *Municipio, relaciones interjurisdiccionales y desarrollo sustentable*, LA LEY, 2001-C, 993.

pales, determinan y crean los municipios, establecen y modifican sus límites territoriales, precisan cuáles son sus autoridades y atribuciones, fijan los procedimientos electorales para la designación de esas autoridades, y establecen cuáles son las materias, y con qué alcances, que pueden ser reguladas normativamente por los municipios. Potestad esta última que si se materializa en la sanción de normas jurídicas generales extrañas a la administración propiamente dicha, son consecuencia de esa delegación provincial de autonomía impuesta por la Constitución que, como toda delegación, puede ser modificada por el Estado provincial.

Los contenidos de la delegación son impuestos por las provincias porque así lo exige el art. 123. Las modificaciones también son potestad exclusiva de las provincias, aunque no pueden llegar al extremo de desconocer esa autonomía derivada privando al municipio de las atribuciones mínimas y necesarias para cumplir sus fines políticos, administrativos, económicos y financieros.

## 125. EL FEDERALISMO ARGENTINO

El art. 1º de la Constitución dispone que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal. A su vez, el art. 35 establece que las denominaciones Provincias Unidas del Río de la Plata, República Argentina y Confederación Argentina serán, de manera indistinta, los nombres oficiales que designarán al gobierno y territorio de las provincias, debiendo emplearse las palabras Nación Argentina en la formación y sanción de las leyes.

En varios artículos de la Ley Fundamental se advierte cierta confusión entre los conceptos de gobierno y Estado. Asimismo, el vocablo nación suele ser utilizado como sinónimo de Estado (arts. 9º, 13, 14, 15, 16, 18 y 20) y otro tanto la expresión república (art. 10).

La concepción científica dominante hasta comienzos del siglo XX no distinguía con precisión los contenidos que actualmente se asignan a los vocablos Estado y gobierno. Tal circunstancia explica la razón por la cual los autores de la Ley Fundamental le atribuyeron al gobierno una cualidad que es propia de cierto tipo de Estado. En efecto, mientras que la forma representativa y republicana son modalidades propias del gobierno que tiene a su cargo el ejercicio del poder, la referencia al federalismo describe la forma de estructuración del poder político soberano y la forma bajo la cual se opera la organización estatal.

La Constitución establece la forma federal de Estado, que presupone cierto grado de descentralización política y la coexistencia de

una entidad titular del poder soberano con varias dotadas de autonomía originaria.

Como especie de la organización política global, el Estado argentino reúne todas las condiciones necesarias para su existencia.

Su población está compuesta, en principio, por todas las personas que habitan el territorio argentino estando sujetas al ejercicio del poder político soberano. En la Primera Parte de la Constitución, tanto en su Capítulo Primero como en el Segundo, diversos artículos aluden al régimen normativo aplicable a la población del Estado.

Su territorio comprende el ámbito físico sobre el cual se ejerce el poder del Estado. La determinación de la extensión territorial del Estado federal es facultad privativa del Congreso (art. 75, inc. 15, CN).

Abarca los territorios federalizados (art. 3° CN), los territorios nacionales (art. 75, inc. 15, CN) y los territorios provinciales. Los primeros son el asiento de la capital federal, los segundos son los que conformaron el espacio físico de las nuevas provincias y los terceros son aquellos sobre los cuales las provincias ejercen su poder autónomo y cuyos límites fueron determinados por el Congreso (art. 75, inc. 15, CN). Después de la reforma constitucional de 1994, también integra ese territorio el espacio físico sobre el cual se extiende la Ciudad de Buenos Aires en su calidad de ente constitucional dotado de autonomía derivada (art. 129 CN).

En la determinación de los límites del territorio argentino también puede participar el Poder Ejecutivo mediante la concertación de tratados internacionales a tales fines. Varios conflictos de límites con Estados vecinos fueron resueltos por esta vía con la aprobación del Congreso.

La potestad del Poder Ejecutivo, que estaba explícitamente contemplada en el texto constitucional antes de la reforma de 1994 (303), reviste actualmente carácter implícito (art. 99, inc. 11, CN). De todas maneras, la validez de tales tratados está supeditada a la aprobación del Congreso (art. 75, incs. 15 y 22, CN) y a la conformidad de las legislaturas provinciales cuando importe alterar sus límites territoriales (art. 13 CN).

El poder político soberano reside en el Estado federal, que fue constituido y organizado voluntariamente por las provincias con

---

(303) El anterior art. 86, inc. 14, de la Constitución facultaba al presidente de la Nación para concluir y firmar tratados de límites. El actual art. 99, inc. 11, sólo se refiere en forma genérica a los tratados.

motivo de la sanción de la Ley Fundamental de 1853/60. Tal es lo que resulta de nuestros antecedentes constitucionales, de una interpretación sistemática de la Constitución y del texto de su Preámbulo.

Las provincias, como entidades preexistentes al Estado federal, transfirieron sus poderes soberanos conservando su autonomía originaria sobre la base de la cláusula contenida en el art. 121 de la Constitución. Tanto las provincias existentes en 1853, que enumera el art. 46 de la Ley Fundamental, como las llamadas provincias en embrión que se desarrollaron en los territorios nacionales (art. 75, inc. 15, CN).

El Estado federal es titular de todos los atributos del poder, con la salvedad de aquellos que no fueron delegados por las provincias en la Constitución y de los que se reservaron, o se reserven, en los pactos especiales suscriptos al momento de su incorporación al Estado federal. A este límite se añade el régimen de autonomía derivada que establece el art. 129 de la Constitución para la Ciudad de Buenos Aires.

La organización federal del Estado argentino no es una creación artificial o teórica. Su implementación jurídica fue realizada tomando como modelo la experiencia federalista de la Constitución de los Estados Unidos. Se trataba de una estructuración estatal novedosa que, por primera vez, había sido aplicada en ese país como medio para amalgamar intereses locales contrapuestos. Tanto el federalismo como el presidencialismo fueron creaciones propias del intelecto político estadounidense, que adoptaron nuestros constituyentes procurando adecuarlas a las tradiciones y necesidades de la comunidad nacional que integraban. Es así que aquella organización federal, al margen de sus formas, fue consecuencia de una realidad emergente del proceso histórico iniciado en 1810 e impuesta por factores sociológicos cuya vigencia subsiste hasta nuestros días con similar intensidad.

En el Acta Capitular del 25 de mayo de 1810, que reglamentó el funcionamiento de la Primera Junta, se estableció que ella debía subsistir hasta tanto se reunieran los diputados de las provincias designados por sus respectivos Cabildos, quienes iban a establecer la forma de organización gubernamental que se considerara más conveniente.

La interpretación restrictiva del Acta Capitular propiciada por Mariano Moreno importaba la exclusión de los diputados provinciales del órgano de gobierno, para circunscribir su actuación al establecimiento de una organización global definitiva para el Estado que se hallaba en vías de gestación. Sin embargo, prevaleció el criterio que impuso, además, que esos diputados provinciales pasaran a for-

mar parte del gobierno, generando así la llamada Junta Grande. Esa incorporación de los diputados provinciales a la Junta de gobierno constituyó una clara afirmación del federalismo en el proceso constitucional argentino (304).

La intención de implementar un régimen federal, conforme al requerimiento de las provincias, también se advierte en el Estatuto Provisional dictado por el Primer Triunvirato el 22 de noviembre de 1811, que limitaba su vigencia hasta tanto se reunieran los representantes de las provincias en una asamblea que tuviera a su cargo la sanción de un texto constitucional definitivo. Esta asamblea no llegó a constituirse debido a las impugnaciones formuladas a los diputados de varias provincias y a la Revolución del 8 de octubre de 1812 que, bajo la conducción militar de José de San Martín y Carlos María de Alvear, provocó la caída del gobierno y la formación del Segundo Triunvirato.

El 24 de octubre de 1812 el Segundo Triunvirato convocó a la célebre Asamblea de 1813 con el objeto de declarar la independencia y sancionar una Constitución. Ninguno de estos objetivos pudo ser realizado. La independencia recién fue formalmente proclamada por el Congreso de Tucumán el 9 de julio de 1816. Para la sanción de una Constitución que diera nacimiento y organización al Estado, se debió aguardar hasta la conclusión del proceso constituyente originario que se agotó entre 1853 y 1860.

La intensidad de las pasiones políticas y las discrepancias sobre el grado de descentralización política que debía presentar el Estado, impidieron la sanción de un texto constitucional consensuado y aprobado por todas las provincias. Pasiones cuya intensidad es similar a la registrada a fines del siglo XX, y comienzos del siglo XXI, pero sin la grandeza de ideales y patriotismo progresista del siglo XIX.

## 126. PACTOS PREEXISTENTES Y ESPECIALES

La aspiración por forjar la unidad nacional en el marco de un Estado federal también aparece expuesta en los pactos concertados por las provincias antes de la sanción de la Ley Fundamental de 1853/60. A tales pactos, que reciben el nombre de preexistentes, se refieren el Preámbulo de la Constitución y su art. 121.

Entre tales tratados interprovinciales se destacan el Pacto del Pilar del 23 de febrero de 1820, celebrado por Buenos Aires, Santa Fe y

---

(304) JUAN R. AGUIRRE LANARI, *El proceso del constitucionalismo argentino*, p. 37, ob. cit.

Entre Ríos, el Tratado del Cuadrilátero de 1822 acordado por las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos, Santa Fe y Corrientes, el Pacto Federal del 4 de enero de 1831 celebrado por Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, y el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos del 31 de mayo de 1852 que, habiendo sido suscripto por los gobernadores de todas las provincias, con excepción de los de Córdoba, Jujuy y Salta, fue posteriormente ratificado por estas últimas. En todos estos tratados, y sin perjuicio de las cláusulas específicas, se explicitaba la firme intención de sancionar una Constitución que respetara el principio federal para la organización del Estado.

La referencia constitucional a los pactos preexistentes constituye un elemento decisivo para interpretar los alcances de la delegación de atribuciones a que alude el art. 121 de la Ley Fundamental. En efecto, siendo las provincias entidades políticas que tuvieron poder soberano antes de la formación del Estado federal, y habiendo sido ellas quienes tomaron la decisión política de crear dicha organización estatal, las dudas razonables referentes a si ciertas atribuciones son de competencia de las provincias o del Estado federal, deben ser resueltas a favor de las primeras.

El art. 121 de la Constitución dispone categóricamente que las provincias conservan todo el poder que no fue delegado al Estado federal en el texto de la Ley Fundamental. Esa delegación puede ser expresa o implícita, pero en caso de duda la solución que se adopte no puede ser en detrimento de la autonomía provincial.

Distinta es la situación que se presenta con la Ciudad de Buenos Aires, cuya autonomía no es originaria sino derivada en los términos del art. 129 de la Constitución. A ella no se le aplica la reserva contenida en el art. 121 ya que los alcances de su autonomía están representados por las potestades que, de manera explícita o tácita, le confiere la Constitución. En este caso, no es viable la interpretación extensiva que establece el art. 121 y, en caso de duda, la solución debe ser favorable a la competencia del Estado federal.

Además de los pactos preexistentes, el art. 121 de la Constitución menciona a los pactos especiales. Son los pactos que puede celebrar un Estado soberano con el Estado federal al momento de resolver su incorporación al mismo, y cuya vigencia subsiste una vez concreta esa incorporación.

El único pacto especial hasta el presente fue el concertado entre la Confederación Argentina y el Estado de Buenos Aires el 11 de noviembre de 1859. Se trata del Pacto de San José de Flores.

La Constitución sancionada el 1° de mayo de 1853 y jurada solemnemente el 9 de julio de ese año en la Iglesia Matriz de Catamarca,

oportunidad en la que Fray Mamerto Esquiú pronunció su célebre sermón de la Constitución, fue fruto de una obra en la que no intervino la provincia de Buenos Aires. Por el contrario, ella se dictó su propia Constitución en 1854. Existían dos entidades soberanas, la Confederación Argentina y el Estado de Buenos Aires.

Tras la batalla de Cepeda se decidió la incorporación de Buenos Aires a la Confederación Argentina para forjar, de esa manera, al Estado federal que subsiste en la actualidad. Esa decisión se adoptó a través del Pacto de San José de Flores en el cual, entre otros aspectos, se acordó que: 1) Buenos Aires aceptaba y juraba solemnemente la Constitución de 1853; 2) Buenos Aires debía convocar a una Convención provincial para que examinara el texto constitucional de 1853; 3) si la Convención provincial decidía que era necesario reformar la Constitución, el Congreso federal debía proceder a convocar una Convención *ad-hoc*, integrada por representantes de todas las provincias incluyendo a Buenos Aires, para expedirse sobre si se aceptaban o no, todas o algunas de las propuestas de reformas que formulara la Convención bonaerense; 4) no era viable modificar los límites territoriales de la provincia de Buenos Aires sin la conformidad de su legislatura.

A tales disposiciones se añadía la cláusula del artículo 7º que tiene plena vigencia en la actualidad: *"Todas las propiedades del Estado provincial que le dan sus leyes particulares, como sus establecimientos públicos de cualquier clase y género que sean, seguirán correspondiendo a la provincia de Buenos Aires, y serán gobernadas y legisladas por las autoridades de la provincia"*. De esta disposición quedaba excluida la aduana de Buenos Aires que, a igual que las existentes en las restantes provincias, correspondían a la Nación.

Como consecuencia del Pacto de San José de Flores fueron introducidas importantes reformas al texto constitucional sancionado en 1853. Entre ellas, al art. 121. Se agregó su parte final que dispone: *"... y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación"*. De modo que Buenos Aires, además de conservar todos los poderes que por la Constitución no fueron delegados al Estado federal, también retiene los poderes que expresamente se reservó por el Pacto de San José de Flores.

Con la incorporación de Buenos Aires quedó constituido definitivamente el actual Estado federal sobre la base de una comunidad nacional en cuya conformación no podía estar ausente la población de aquella provincia. De tal modo, el acto constituyente originario gestado por el Congreso General Constituyente de 1852-1854 fue complementado en 1860 dando por concluido el proceso correspon-

diente. Tal es la razón por la cual, correctamente, se hace referencia a la Constitución nacional de 1853/60 (305).

La mención de los pactos especiales contenida en el art. 121 de la Constitución no se extiende exclusivamente al Pacto de San José de Flores. No existen reparos para que, en el futuro, se incorporen al Estado federal nuevas provincias como consecuencia de la inserción, total o parcial, de espacios territoriales de algún Estado extranjero. Si esa inserción se realiza sobre la base de algún pacto especial que contenga reserva de poderes, éstas serán plenamente válidas conforme al art. 121 de la Ley Fundamental (306). Su único límite consistirá en la imposibilidad de privar o reducir los poderes que tienen las provincias originarias sin la previa conformidad de las legislaturas provinciales (art. 13 CN), del Congreso nacional y de una Convención reformadora de la Ley Fundamental.

La discusión doctrinaria sobre si la vigencia de los pactos especiales podía ser extendida a las nuevas provincias formadas en los territorios nacionales carece de actualidad debido a que ellos fueron distribuidos íntegramente entre las llamadas nuevas provincias sin que se concertara pacto especial alguno. Considerábamos que los pactos especiales eran inviables porque, las provincias en embrión, carecían de poder soberano al conformar los territorios nacionales.

## 127. RELACIONES ENTRE EL ESTADO FEDERAL Y LAS PROVINCIAS

El Estado federal, que presupone un relativo equilibrio entre las fuerzas centrífugas y centrípetas del poder, se traduce en la coexistencia de diversos centros de los cuales emana la energía generadora de las relaciones de mando y obediencia. Por una parte, expresa la existencia de un foco centralizador dotado de poder soberano y, por la otra, de una pluralidad de centros autónomos de poder.

La coexistencia entre el Estado federal y las provincias se materializa en diversas relaciones. En el curso de tales relaciones se opera una superposición de intereses locales, regionales y nacionales con la consecuente necesidad de satisfacerlos y de precisar a quién incumbe en cada caso tal tarea.

---

(305) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La Nación Argentina hecha ley*, p. 37, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1971.

(306) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VII, p. 339, ob. cit.; JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, p. 647, ob. cit.



Frente a esa hipótesis corresponde determinar hasta dónde se proyecta el poder soberano del Estado federal y otro tanto los poderes autónomos de las provincias.

En abstracto, el deslinde de los poderes y la tipificación de las relaciones no es una obra que presente mayor complejidad. Pero en la práctica no acontece lo mismo. Los elementos sociales, políticos, culturales o económicos de la vida social están estrechamente vinculados y sujetos a continuos cambios como consecuencia de su carácter esencialmente dinámico. Tales cambios gravitan sobre el equilibrio que se pretende preservar entre las fuerzas centrífugas y centrípetas que se manifiestan en un Estado federal, determinando alteraciones en los contenidos de las relaciones que se presentan entre la sede del poder soberano y las provincias.

Por tal razón, si bien la clasificación de tales relaciones puede tener cierta utilidad didáctica como guía relativa para resolver los conflictos entre el poder soberano y los poderes autónomos, en la realidad los contenidos de ambos están sujetos a una variación permanente.

Así, la unidad nacional y promoción del bienestar general como objetivos constitucionales de un plan de gobierno no pueden superar los límites establecidos por el art. 121 de la Constitución. Así, la Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que, de acuerdo con la distribución de competencias impuesta por la Constitución, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121 CN), mientras que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75 CN) (307).

Pero, en algún caso concreto y atendiendo a sus particularidades, una aplicación esquemática de esa norma constitucional no puede conducir al absurdo de disolver la unidad nacional y transformar en una quimera al bienestar general. El equilibrio propio de un Estado federal no puede ser desvirtuado mediante la anulación de los poderes autónomos, ni mediante la atomización del poder soberano.

Las relaciones entre el Estado federal y las provincias son de subordinación, participación y coordinación.

Las relaciones de subordinación determinan la sujeción de las provincias al poder soberano del Estado federal con los alcances establecidos en la Constitución. Se concreta en el principio de la supre-

---

(307) Fallos CS 304:1186.

macía federal expuesto, entre otros, por los arts. 5º, 6º, 23, 31 y 123 de la Ley Fundamental, así como también en las potestades delegadas que enuncian los arts. 75, 99 y 116.

Las relaciones de participación o de inordinación, consisten en la activa intervención de las provincias en la formación de la voluntad del Estado federal. No se trata de una participación facultativa sino necesaria y obligatoria.

Las relaciones de participación son establecidas por la Ley Fundamental cuando dispone que las provincias deben intervenir en el ejercicio de las facultades contempladas en los arts. 36, 39, 40, 59, 60, 61, 75 y en todos aquellos casos en que impone la actuación del Senado nacional para otorgar validez a los actos de los órganos legislativo o ejecutivo. Conforme al art. 54 de la Constitución, el Senado representa a las provincias quienes, por su intermedio, participan en la adopción de las decisiones del Estado federal.

Las relaciones de coordinación apuntan a la distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias. Su propósito consiste en relacionar, de manera armónica, el funcionamiento de las provincias y el Estado federal que integran. Tal es la situación prevista por el art. 41 de la Constitución.

La norma básica que sirve para determinar el contenido de esa distribución de competencias es el art. 121 de la Ley Fundamental. Reconoce a las provincias todas las potestades que no fueron transferidas por la Constitución al Estado federal, y todas aquellas que se reservaron en los pactos especiales concertados como paso previo a su inserción en el Estado federal.

## 128. FACULTADES DEL ESTADO FEDERAL Y DE LAS PROVINCIAS

La distribución y enunciación de potestades realizada por la Constitución permite distinguir ocho categorías: a) facultades delegadas al Estado federal; b) facultades retenidas por las provincias; c) facultades concurrentes; d) facultades excepcionales del Estado federal; e) facultades excepcionales de las provincias; f) facultades compartidas por el Estado federal y las provincias; g) facultades prohibidas al Estado federal; h) facultades prohibidas a las provincias.

- a) Entre las facultades delegadas al Estado federal se encuentran todas aquellas que, de manera expresa o implícita, la Constitución dispone que son ejercidas por el Gobierno federal. Tal es el caso del estado de sitio, la intervención federal, la

sanción de las leyes de derecho común, el establecimiento de aduanas, leyes sobre naturalización y nacionalidad, leyes sobre bancarrotas o falsificación de la moneda y documentos públicos del Estado, la regulación del juicio por jurados, la legislación electoral para la designación de autoridades federales, el manejo y conducción de las relaciones internacionales, la regulación del comercio con naciones extranjeras y de las provincias entre sí, y en general los que enuncian los arts. 75 y 99 de la Constitución.

- b) Las facultades retenidas o reservadas por las provincias son todas aquellas que no han sido objeto de la delegación citada por el art. 121 de la Ley Fundamental, algunas de las cuales aparecen mencionadas expresamente en la Constitución. Entre ellas cabe recordar la facultad de darse su propia constitución, sus instituciones, el régimen electoral para las autoridades provinciales, la creación de regiones, celebración de tratados carentes de contenido político, regulación del régimen municipal, previsión de la educación primaria, sancionar leyes procesales y de índole contravencional.
- c) Las facultades concurrentes son atribuciones concedidas al Estado federal pero que, hasta tanto no sean ejercidas por el mismo, pueden ser utilizadas por las provincias. No son facultades que pueden ser ejercidas de manera indistinta y simultánea por el Estado federal y las provincias (308). Constitucionalmente competen al Estado federal y una vez que son puestas en funcionamiento no pueden ser ejercidas por las provincias. Tal es el caso previsto, entre otros, por el art. 126 de la Constitución cuando establece que las provincias pueden sancionar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería hasta tanto no sean sancionados por el Congreso. Las facultades previstas por los arts. 75, inc. 18, y 125 de la Ley Fundamental no son propiamente concurrentes sino exclusivas del Estado federal y de las provincias en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales con la particularidad que, el primero, abarca todo el territorio nacional.
- d) Las facultades excepcionales del Estado federal son aquellas que, en principio, corresponden a las provincias. Sin embargo, si se presentan las circunstancias de excepción que prevé la Ley Fundamental, pueden ser ejercidas por el Estado fede-

---

(308) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VII, p. 427, ob. cit.

ral. Tal es la hipótesis que contempla el art. 75, inc. 2º, de la Constitución con respecto a los impuestos directos. Su aplicación es competencia de las provincias, pero pueden ser establecidos por el Congreso nacional por tiempo determinado y en todo el territorio de la Nación si así lo exigen la defensa, seguridad común y bien general del Estado.

- e) Las facultades excepcionales de las provincias son aquellas que, en principio, corresponden al Estado federal. Sin embargo, cuando un estado de necesidad requiera de su inmediato ejercicio en salvaguarda del Estado federal o de sus instituciones, las provincias están facultadas para desarrollar esas potestades. Es el caso del art. 126 de la Constitución cuando autoriza a las provincias a armar buques de guerra o levantar ejércitos en caso de invasión externa o de un peligro tan inminente que no admita dilación alguna para afrontarlo.
- f) Las facultades compartidas por el Estado federal y las provincias son aquellas que, necesariamente, deben ser ejercidas de modo uniforme por ambas entidades. A diferencia de las facultades concurrentes que son ejercidas por el Estado federal y, en su defecto, por las provincias, las facultades compartidas son las que requieren un consenso entre la voluntad del Estado federal y de las provincias. Tales son los casos del establecimiento de la Capital del Estado federal en territorio provincial (art. 3º CN), la formación de una nueva provincia con el territorio perteneciente a otra u otras (art. 13 CN), o la sanción de las leyes convenio para establecer regímenes de coparticipación impositiva (art. 75, inc. 2º, CN). En tales hipótesis, el logro del objetivo perseguido requiere de una ley del Congreso nacional y de una ley de la legislatura de cada provincia afectada.
- g) Las facultades prohibidas al Estado federal son todas aquellas cuyo ejercicio la Constitución le veda al Gobierno federal. Implícitamente, el ejercicio de tales facultades es acordado a los gobiernos provinciales. Así, el art. 32 de la Constitución prohíbe al Congreso nacional sancionar leyes que establezcan la jurisdicción federal sobre las consecuencias legales que depara el ejercicio de la libertad de expresión a través de los medios técnicos de comunicación social.
- h) Las facultades prohibidas a las provincias son todas aquellas que, de manera expresa, la Constitución veda su ejercicio por las legislaturas provinciales. Implícitamente, el ejercicio de estas facultades es acordado al Gobierno federal. Se trata de

las situaciones previstas en el art. 126 de la Ley Fundamental que no configuran las hipótesis de facultades concurrentes.

Al margen de las potestades que la Constitución distribuye entre el Estado federal y las provincias, también se encuentran aquellas cuyo ejercicio está expresamente prohibido por la Ley Fundamental, tanto al Gobierno federal como a los gobiernos provinciales. Así, el art. 29 de la Constitución le impide al Congreso federal y a las legislaturas provinciales otorgar facultades extraordinarias o la suma del poder público al presidente de la República o a los gobernadores.

Las potestades contenidas en la Constitución, que se distribuyen entre el Estado federal y las provincias, pueden ser expresas o implícitas. Las primeras son las que aparecen enunciadas en el articulado de la Ley Fundamental.

Las implícitas son aquellas que no están enunciadas en la Constitución, pero que resultan medios convenientes para que un órgano gubernamental, tanto en el orden federal como en el provincial, pueda concretar el ejercicio de sus facultades constitucionales. A estas potestades implícitas, aunque con referencia al Congreso federal, alude el art. 75, inc. 32, de la Ley Fundamental cuando le reconoce la facultad de hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para el ejercicio de las potestades que le confiere ese artículo y las restantes disposiciones de la Constitución:

Un calificado sector de nuestra doctrina constitucional (309) considera que las potestades implícitas solamente le son reconocidas al Congreso federal, pero no a los restantes órganos del gobierno.

Consideramos que no existen reparos para extender los poderes implícitos en beneficio de los órganos ejecutivo y judicial. Como los poderes implícitos no son fines sino medios para tornar posible el ejercicio de los poderes explícitos, en rigor no configuran potestades diferentes a las que define la Constitución. No hay razón para negar facultades implícitas a los órganos ejecutivo y judicial en la medida que sean necesarias o convenientes para que puedan cumplir con su rol constitucional.

Claro está que en este caso, el ejercicio de las potestades implícitas no puede desvirtuar el principio de la división de los poderes ni

---

(309) JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino*, t. III, p. 228, ob. cit.; SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. IX, p. 513, ob. cit.; CÉSAR ENRIQUE ROMERO, *Derecho Constitucional*, t. II, p. 210, ob. cit.

configurar una intromisión en áreas asignadas a los restantes órganos del gobierno, tanto nacional como provincial. Por más amplios que sean tales medios implícitos, en modo alguno pueden superar los límites que establece la Constitución.

## 129. CONSTITUCIONES PROVINCIALES

El art. 5º de la Ley Fundamental impone a las provincias el deber de sancionar una constitución conforme a las condiciones establecidas en esa norma. Su incumplimiento, total o parcial, es causal suficiente para disponer la intervención federal de la provincia, sin perjuicio del control de constitucionalidad que, eventualmente y en cada caso concreto, se puede ejercer respecto de aquellas cláusulas de la Constitución local que no se adecuen a las condiciones del art. 5º. El control jurisdiccional lo ejerce la Corte Suprema de Justicia.

Se trata de una obligación ineludible para las provincias, cuyo cumplimiento se concreta mediante el ejercicio de un poder constituyente de segundo grado que emana de su autonomía originaria. Es una de las potestades que conservan las provincias conforme al art. 121 de la Constitución.

El art. 5º, en el texto sancionado en 1853, contenía dos diferencias frente a su redacción actual. La primera consistía en supeditar la validez de las constituciones provinciales a su aprobación por el Congreso. La segunda establecía que la educación primaria que deben asegurar las provincias a su población sería gratuita.

Ambos contenidos fueron reformados por la Convención de 1860, que aceptó las sugerencias formuladas por la Comisión Examinadora de la Provincia de Buenos Aires. En cuanto al primero, porque se entendió que los convencionales de las provincias estaban dotados de mayor idoneidad para comprender las características y necesidades locales que los miembros del Congreso. Por otra parte, el establecimiento de ese control comportaba una importante limitación al federalismo con los consecuentes riesgos provenientes de una centralización del poder.

En cuanto al segundo, si bien se mantuvo el deber de asegurar la educación primaria, se suprimió la referencia al carácter gratuito. Se entendió que la redacción de la cláusula podía impedir la sanción de leyes que establecieran contribuciones especiales para costear la enseñanza o que limitaran el carácter gratuito a los hijos de personas carentes de mayores recursos con el consiguiente perjuicio, en ambos casos, para las restantes necesidades locales que debían ser satisfechas con los magros presupuestos provinciales.

Las condiciones bajo las cuales deben ser sancionadas las constituciones provinciales son: 1) la adopción del sistema republicano representativo de gobierno; 2) el respeto a los principios, declaraciones y garantías de la Ley Fundamental; 3) asegurar la administración de justicia; 4) establecer un régimen municipal; 5) garantizar la educación primaria. Sancionada la Constitución provincial y cumplidas las condiciones impuestas por el art. 5º, el Gobierno nacional debe extender a las provincias la garantía federal que les asegure un desenvolvimiento conforme a sus propias instituciones.

La adopción por las provincias del sistema representativo republicano de gobierno, al cual alude el art. 1º de la Constitución, significa que deben organizar sus instituciones políticas conforme a los principios generales que, sobre el particular, contiene la Ley Fundamental.

Esa flexibilidad está avalada por el art. 122 de la Constitución al disponer que las provincias se dan sus propias instituciones, eligen a sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios sin intervención del Gobierno federal. Así, deben adoptar el principio de la separación de las funciones gubernamentales, la designación por elección directa o indirecta de los gobernantes, la periodicidad de los cargos gubernamentales, la publicidad de la acción del gobierno, la responsabilidad política y jurídica de los gobernantes, la estructura del gobierno debe responder a las reglas del presidencialismo y no de un sistema parlamentario, y todas las restantes cualidades que tipifican a la forma representativa y republicana de gobierno. No necesariamente de la manera y con las modalidades que la Constitución establece en el orden federal, pero sí respondiendo a sus contenidos teleológicos.

Las cláusulas constitucionales referentes a las declaraciones, derechos y garantías tienen vigencia en todo el país, sin que puedan ser alteradas por las constituciones provinciales. Carecen de validez las normas locales que desconocen tales principios, los niegan, reducen o alteran.

Sin embargo, todas las constituciones provinciales reproducen innecesariamente tales declaraciones, derechos y garantías incurriendo, en algunas oportunidades, en áreas reservadas al Congreso nacional por el art. 75, inc. 12 de la Ley Fundamental. Esa errónea técnica constitucional determina que las constituciones provinciales, e inclusive el Estatuto de la Ciudad de Buenos Aires, son documentos carentes de concisión y claridad, cuyos contenidos superan holgadamente a los de la Ley Fundamental tornando más compleja y difícil la comprensión de aquéllos por los habitantes.

El deber de asegurar la administración de justicia abarca tanto la conformación de un organismo jurisdiccional, como la sanción de las normas procesales necesarias para regular el debido proceso legal.

Las constituciones provinciales deben prever un régimen municipal que, según el art. 123 de la Constitución, tendrá que asegurar la autonomía derivada de los *municipios* en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero. El reconocimiento del régimen municipal responde al contenido del proceso constitucional argentino cuyas primeras manifestaciones se dieron en el ámbito de esas comunidades básicas.

Las provincias deben asegurar la educación primaria o elemental con el propósito de capacitar intelectualmente a sus habitantes. No sólo para erradicar el analfabetismo o semi-analfabetismo, sino también para darles la base cultural necesaria que les permita comprender el significado de la libertad en el marco de la convivencia social.

Tales son los grandes requisitos establecidos por el art. 5º de la Constitución y a cuyo cumplimiento se obligaron las provincias al constituir el Estado federal. Ellos condicionan el otorgamiento a las provincias de la garantía federal: el goce y ejercicio de sus propias instituciones. Garantía federal que permite a las provincias preservar el ejercicio de su poder político autónomo y originario; el desarrollo económico; la integridad territorial; su condición de igualdad en el ámbito nacional, y la protección para asegurar la paz interior y la unión nacional.

### 130. LA GARANTÍA DEL PRINCIPIO FEDERAL

El sistema federal para la organización estatal acordado por las provincias y expuesto en la Constitución, fue la institucionalización de los principios e ideas políticas dominantes que se manifestaron, desde un comienzo, en el curso del proceso político argentino.

Para forjar la organización política definitiva del país, las provincias, como entidades preexistentes, contribuyeron a la formación del Estado federal transfiriendo una parte de sus potestades originarias y conservando las restantes. Esa transferencia, a la cual alude el art. 121 de la Constitución, determina que el Gobierno federal solamente pueda ejercer los atributos que expresamente fueron transferidos por las provincias. Se trata de una forma de estructuración federal que difiere de la establecida en otros Estados federales don-



de, las provincias o los Estados locales, solamente conservan aquellos poderes que expresamente se hubieran reservado en la Constitución. El ejercicio de todos los restantes es de competencia exclusiva del Gobierno federal.

La estructura constitucional impuesta al Estado federal se integra con un conjunto de provincias preexistentes que tienen personalidad propia y una autonomía originaria en el orden político. Si bien las Provincias se desprendieron de su poder soberano para conformar una unión indisoluble en el marco de un Estado federal, conservan todos los atributos propios de su autonomía originaria.

Como contrapartida de esa transferencia de potestades, el Estado federal contrajo, a su vez, la obligación de asegurar a las provincias el ejercicio de las potestades reservadas a través de la llamada garantía federal (310).

La garantía federal tiene dos objetivos: 1) permitir a las provincias el pleno ejercicio de su personalidad y autonomía originarias, mediante el desenvolvimiento de las potestades reservadas; 2) hacer efectivo un control vertical del poder político del Estado federal evitando que, su extralimitación, conduzca al desconocimiento o desnaturalización de los atributos provinciales.

El principio de la garantía federal abarca: 1) la existencia e integridad territorial de las provincias; 2) la autonomía política; 3) el desarrollo económico y el bienestar local; 4) la igualdad entre las provincias; 5) la unión nacional y la paz interior.

El otorgamiento de la garantía federal se puede concretar por diversos medios. Entre otros, la concesión de subsidios, créditos, regímenes especiales y transitorios en materia económica y fiscal, traslado de fuerzas armadas y de seguridad, así como también mediante la intervención federal o la declaración del estado de sitio.

### 131. INTEGRIDAD TERRITORIAL

El Estado federal tiene el deber de respetar y asegurar la integridad territorial de las provincias. Cada una de ellas se incorporó al Estado federal con un espacio territorial intangible que abarca el suelo, el subsuelo, su espacio aéreo y sus recursos naturales. Tales componentes de su espacio territorial no pueden ser alterados unilateralmente por el Estado federal ni por las restantes provincias.

---

(310) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VII, p. 347, ob. cit.

Así, el art. 3º de la Constitución establece que la cesión de territorios para constituir la Capital de la República debe ser efectuada por la legislatura provincial.

El art. 6º garantiza a las provincias su extensión territorial si llega a ser vulnerada por un acto de invasión.

El art. 13 condiciona, a la conformidad de la legislatura provincial, la cesión de parte de su territorio para la constitución de una nueva provincia.

Tampoco es viable disponer unilateralmente la extinción de una provincia mediante su incorporación a otra, o por la fusión de varias de ellas para conformar una nueva provincia, o por su traspaso al ámbito de los territorios nacionales. Siempre será necesaria la conformidad de la provincia afectada mediante la manifestación de voluntad expuesta por su legislatura y sin perjuicio de los recaudos previos que pueda exigir la Constitución local.

El reconocimiento y respeto de la integridad territorial de una provincia presupone necesariamente, y con alcances iguales, la vigencia de su personalidad jurídica como entidad autónoma originaria.

La determinación de los límites definitivos de las provincias, corresponde al Congreso (art. 75, inc. 15 CN) pero la resolución de los conflictos que, sobre el particular, se presenten entre las provincias, deben ser resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 117 y 127 CN).

### 132. AUTONOMÍA POLÍTICA

El Estado federal tiene la obligación de respetar y asegurar la autonomía política originaria de las provincias, con la única condición de que den previo cumplimiento a los requisitos impuestos por el art. 5º de la Constitución.

Con sujeción a tales requisitos, las provincias tienen derecho a organizar sus propias instituciones y regirse por ellas. Si bien las provincias están obligadas a adoptar la técnica de la separación de las funciones gubernamentales, disfrutan de un amplio marco de libertad para estructurar a sus órganos legislativo, ejecutivo y judicial de gobierno.

En función de esa autonomía política, el art. 124 de la Constitución reconoce a las provincias la potestad de celebrar convenios con naciones extranjeras que no sean incompatibles con la política exte-

rior de la Nación y no afecten las facultades transferidas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación.

Asimismo, el art. 125 reconoce a las provincias el derecho a ejercer sus potestades para promover sus industrias, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la explotación de sus ríos. Todo ello con recursos propios y sin perturbar el logro de objetivos similares por el Gobierno federal, tal como están previstos en el art. 75, inc. 18, de la Constitución.

Si al ejercer sus potestades buscando la concreción de tales objetivos constitucionales las provincias estiman conveniente la celebración de acuerdos con otras provincias, Estados extranjeros u organismos internacionales o supraestatales, la Ley Fundamental no opone reparos a ello (art. 124 CN). Como se trata de una de las facultades reservadas según el art. 121, solamente se requiere que:

- 1) Los tratados tengan objetivos económicos o sociales cuya determinación, regulación y administración sean potestad exclusiva de las provincias. Quedan excluidos aquellos tratados que respondan a objetivos políticos.
- 2) No se opongan a los compromisos exteriores contraídos por la Nación en materia económica o social sujeta a su potestad exclusiva, o que pueda ser objeto de una potestad concurrente con las provincias en el ámbito interno.
- 3) No se opongan a los lineamientos de política exterior establecidos por el Gobierno federal. Así, las provincias no podrán concertar acuerdos con Estados extranjeros, organizaciones internacionales o entidades supraestatales que no son reconocidos por el Gobierno federal, o con los cuales la Nación está en conflicto.
- 4) No importen el ejercicio de facultades constitucionalmente transferidas por las provincias a la Nación, y aunque ésta no las ejerza.
- 5) No afecten el crédito público de la Nación, comprometiendo la responsabilidad de ella, o el alcance de los compromisos de esa índole que contrajo.
- 6) Estén desprovistos de todo carácter político.
- 7) Se adecuen a las limitaciones establecidas por el art. 27 de la Constitución.
- 8) Pongan en conocimiento del Congreso la celebración del convenio.

La autonomía política de las provincias no es absoluta pues debe adecuarse a los principios rectores impuestos por la Constitución federal respecto a la organización republicana y representativa, así como también a los tratados internacionales (art. 75, incs. 22 y 24).

La Corte Suprema de Justicia puede declarar la invalidez del texto constitucional provincial si no se adecua a tales principios. También puede suspender o privar de validez a las decisiones políticas que adopten los órganos gubernamentales.

En los casos "Ponce" (311) y "Barbeito" (312), la Corte Suprema de Justicia dispuso suspender la aplicación de una ley de la provincia de San Luis que, mediante la incorporación de una cláusula transitoria a su Constitución, disponía la caducidad anticipada de los mandatos de todos los cargos electivos provinciales y municipales, habilitando al Poder Ejecutivo provincial a convocar a elecciones para cubrir esos cargos, añadiendo que aquella caducidad se produciría el día que se fije para la asunción de las nuevas autoridades electas. Los accionantes habían demandado la inconstitucionalidad de la ley porque, si bien la Constitución provincial autorizaba a introducir enmiendas a su texto de un sólo artículo por vía de la ley sancionada por la mayoría de los dos tercios de la totalidad de los miembros de la legislatura y ratificada por el voto popular, en el caso concreto se había propiciado reformar varios artículos de la Constitución y una cláusula transitoria aplicable por única vez. La Corte decidió suspender la aplicación de la ley y de todo acto gubernamental que importara alterar el período de vigencia de los mandatos existentes, hasta tanto se pronunciara sobre la validez de la norma cuestionada.

### 133. DESARROLLO ECONÓMICO Y BIENESTAR LOCAL

La autonomía originaria de las provincias comprende la potestad de establecer sus propios planes y metodologías para concretar el desarrollo económico local y el bien común para sus habitantes. Es de suma importancia el esfuerzo que deben efectuar las provincias para disfrutar de estructuras económicas progresistas y de alta productividad, porque sin una razonable autosuficiencia económica su autonomía política estará seriamente restringida.

La expresión de la garantía federal en este ámbito se traduce en: 1) el deber del Estado federal para proveer todo lo conducente a la

---

(311) Fallos CS 326:1289; LA LEY Online.

(312) Fallos CS 326:1248; LA LEY, 2003-E, 520.

prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias (art. 75, inc. 18); 2) la *ayuda federal*, mediante subsidios del Tesoro nacional, que la Nación debe conceder a las provincias como una compensación equitativa por las cesiones económicas que ellas hicieron para posibilitar la formación del Estado federal (art. 75, inc. 9).

De todas maneras, y en la medida posible, es conveniente que las provincias procuren satisfacer los gastos ordinarios con sus propias rentas, evitando darles un destino superfluo o improductivo, al cual son tan proclives, lamentablemente, muchos gobiernos provinciales.

Por otra parte, la recepción de subsidios del Tesoro nacional para la cobertura de los gastos provinciales ordinarios, genera una suerte de dependencia política de ellos frente al Gobierno federal que, muchas veces, se traduce en la imposición, por parte de este último, de *políticas agonales*. Con frecuencia, la remisión de partidas presupuestarias o de subsidios a las provincias está condicionada a que sus legisladores nacionales avalen las propuestas del Poder Ejecutivo nacional. Esto distorsiona la autonomía de las provincias y la fortaleza del sistema federal como expresión de un control político vertical.

La existencia de recursos genuinos permite a las provincias generar un desarrollo importante para su sistema educacional y de seguridad social, con la consecuente satisfacción del bien común local.

En el ámbito del desarrollo económico y bienestar de las provincias, también cabe mencionar el segundo párrafo del art. 124 de la Ley Fundamental. Establece que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

Esta disposición establece un principio fundamental para asegurar la independencia económica de las provincias que, lamentablemente, ha sido muchas veces desconocido invocando un interés nacional superior, la presunta incapacidad de las provincias para explotar sus recursos naturales o bien el derecho de coparticipación de las provincias carentes de tales recursos en los beneficios resultantes de los que otras poseen, y bajo la falaz invocación del principio de solidaridad o de reparación histórica.

Reconocer a las provincias el dominio originario sobre sus recursos naturales es una consecuencia de la garantía federal que, entre otros aspectos, impone a la Nación el deber de respetar y de hacer respetar la intangibilidad territorial de las provincias.

Las provincias son entidades autónomas, para cuyo desenvolvimiento económico eficaz necesitan disponer de los recursos que poseían al tiempo de incorporarse a la Nación, o al momento de ser creadas, con excepción de aquellos que, en forma expresa, hubieran transferido constitucionalmente a la Nación.

Afirmar el reconocimiento del dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales, no es simplemente una declaración teórica que pueda ser desconocida en la práctica por el Estado federal mediante la asunción de la explotación de tales recursos. No es viable, a la luz de la Constitución, la nacionalización de tales recursos bajo la invocación del bien común de la Nación, porque debemos admitir que las provincias tienen tanta, o más, idoneidad que la Nación para la administración de aquellos satisfaciendo, directamente, el interés local y, por añadidura y de manera indirecta, el interés general. De todas maneras, si alguna provincia considerara conveniente acordar con la Nación la explotación de sus recursos naturales, o con otras provincias contando o no con la participación del Estado nacional, no existen reparos constitucionales para ello.

El dominio originario sobre los recursos naturales, que emana del derecho de las provincias a existir integralmente (313), abarca el suelo, el subsuelo mineral e hídrico, el espacio aéreo, los ríos interprovinciales, y todos los demás bienes que, conforme a la legislación que dicte el Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, C.N.), merezcan la calificación jurídica de bienes del dominio público (314).

El reconocimiento del dominio originario, no siempre queda equiparado con la potestad jurisdiccional. La Corte Suprema de Justicia, al decidir el caso "*Total Austral c. Provincia de Tierra del Fuego*" (315), sostuvo que la provincia no tenía potestades para gravar los yacimientos de hidrocarburos situados fuera de las tres millas marinas de delimitación física del mar territorial provincial fijadas en la ley 18.502. Añadió que esa situación no había sido alterada por la ley 23.968 en cuanto estableció que el límite del mar territorial se extiende hasta las doce millas marinas, porque es una ley que tiene por objeto fijar las líneas de base del Estado ante la comunidad internacional y en el ejercicio de su poder soberano. Pero ello no guarda relación con las cuestiones vinculadas a la jurisdicción provincial

---

(313) MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado del Dominio Público*, p. 262, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1960.

(314) FRANCISCO M. URIBURU MICHEL, *Los derechos de las provincias a las minas de sus territorios*, p. 8, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1991.

(315) Fallos CS 326:3368; LA LEY, 2005-C, 17; DJ, 2003-3-606.

sobre el mar territorial que constituye un aspecto de derecho interno. Sobre tal base, declaró la inconstitucionalidad del art. 81 de la Constitución provincial que extiende su jurisdicción, en materia de explotación económica, hasta donde la República Argentina ejerce su jurisdicción.

También el Alto Tribunal resolvió que el pago de regalías hidroeléctricas previstas en la ley 15.336 se debe efectuar a la provincia o provincias en cuyo territorio se encuentra la caída de agua que genera la energía, con prescindencia del curso de los ríos (316).

En definitiva, y con referencia específica a los recursos naturales, una correcta interpretación sistemática de la Ley Fundamental conduce a reconocer la titularidad sobre los mismos a las provincias. Interpretación de la cual se apartaron muchas veces las autoridades nacionales que, bajo el amparo de una doctrina jurisprudencial propia de un Estado unitario, y con el pretexto de tutelar el bien general, condujeron al desmembramiento de la integridad territorial de las provincias (317), y a su consecuente empobrecimiento por no respetar su independencia económica.

### 134. IGUALDAD ENTRE LAS PROVINCIAS

Todas las provincias que integran el Estado federal se encuentran constitucionalmente en un plano de igualdad. Esa igualdad se extiende, tanto a las provincias existentes al ser sancionada la Constitución, como a las que fueron constituidas con posterioridad en el ámbito de los territorios nacionales. Asimismo, también será aplicable a las provincias nuevas que, eventualmente, se formen en el futuro.

La única excepción, prevista en el art. 121 de la Ley Fundamental, consiste en reconocer una situación particular a las provincias que se reserven determinadas potestades al tiempo de ser incorporadas a la Nación. Tal es lo que acontece con la Provincia de Buenos Aires respecto de las potestades objeto de reserva en el Pacto de San José de Flores de 1859. De igual manera, esa situación excepcional podrá regir en el futuro para las provincias que se incorporen al Estado federal conservando ciertos atributos que se enuncien en los pactos especiales.

La garantía de la igualdad entre las provincias prohíbe al Estado federal dispensar un trato jerárquicamente preferencial a ciertas pro-

---

(316) Fallos CS 326:3521.

(317) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 165, ob. cit.

vincias frente a las restantes. Constitucionalmente no es viable establecer privilegios indebidos y desigualdades arbitrarias favoreciendo a algunas provincias y en perjuicio de otras, como aconteció en ciertas oportunidades.

En función de esta garantía, la Constitución dispone que los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia disfrutan de entera fe en las demás (art. 7º); los ciudadanos que habitan cada provincia tienen todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes a su condición de ciudadanos en las demás provincias (art. 8º); las provincias están obligadas, recíprocamente, a otorgar la extradición de las personas a quienes se les imputa la comisión de delitos (art. 8º); el número de diputados nacionales elegidos en cada provincia se determinará proporcionalmente sobre la base de su población (art. 45); cada provincia está representada por tres senadores nacionales (art. 54).

En materia impositiva, el art. 75, inc. 2º, de la Constitución, establece que la distribución de los impuestos coparticipables resultantes de la ley convenio que sancionará el Congreso, sobre la base de los acuerdos previos y uniformes que concertará la Nación con las provincias, se hará efectiva teniendo en cuenta:

- 1) La relación directa de las competencias, servicios y funciones de la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires.
- 2) Criterios objetivos de reparto.
- 3) Una distribución equitativa y solidaria, en la cual prevalecerá el objetivo de concretar un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio del país. Pero, la distribución equitativa y razonable no puede conducir al empobrecimiento de ciertas provincias bien administradas para paliar la errónea gestión gubernamental concretada durante varias décadas por los gobiernos de otras provincias.

Las políticas económicas promocionales que desarrolla el Estado federal con el propósito de fortalecer la autonomía de ciertas provincias, no vulneran el principio de igualdad siempre que sean razonables y no generen un perjuicio o limitación para el desenvolvimiento de las restantes o alguna de ellas.

### 135. UNIÓN NACIONAL Y PAZ INTERIOR

La autonomía originaria de las provincias, por más amplio que sea su contenido, en modo alguno puede ser fuente de conflictos



jurídicamente insolubles ni tampoco puede obstaculizar la concreción de la unión nacional y de la paz interior que ella presupone. Esa unión nacional es, precisamente, uno de los grandes objetivos de la Ley Fundamental expuesto en su Preámbulo, y a cuyo logro debe propender, no solamente la política que desarrolle el Gobierno nacional, sino también los gobiernos provinciales en el curso de las relaciones que mantengan entre ellas y con el Estado federal.

Las provincias tienen el deber de concertar entre ellas relaciones armónicas, basadas sobre un respeto recíproco, por ser todas integrantes del Estado nacional a cuya formación contribuyeron renunciando a sus poderes soberanos. Los eventuales conflictos que puedan presentarse entre las provincias tienen que ser resueltos en forma pacífica y razonable, y no mediante actos de fuerza o como consecuencia de una relación de subordinación.

En tal sentido, el art. 127 de la Ley Fundamental prohíbe a las provincias que se declaren la guerra, y establece que las hostilidades de hecho que se susciten son actos de guerra calificados de sedición.

A falta de acuerdo entre las provincias para decidir sobre los conflictos, la solución de los mismos corresponde al Gobierno nacional. Ya sea a través del Congreso o de la Corte Suprema de Justicia.

La determinación de los límites entre las provincias solamente puede ser resuelta por el Congreso nacional (art. 75, inc. 15). En esta materia, sus decisiones no son susceptibles de revisión por vía judicial por tratarse de una cuestión esencialmente política (318), de competencia exclusiva y excluyente del Congreso.

Sin embargo, si la decisión del Congreso es arbitraria en su fundamentación, o si en el tratamiento del tema no aplica las reglas del debido proceso legal, la ley correspondiente será susceptible de revisión judicial (319) por la Corte Suprema de Justicia. En tales casos, el Alto Tribunal se limitará a disponer la invalidez de la norma pero no podrá determinar cuál es el contenido de dicha ley sustituyendo al Congreso en el ejercicio de una atribución propia que le confiere la Ley Fundamental.

Si los conflictos de límites son resueltos directamente por las provincias o mediante la intervención de un árbitro designado por ellas, el acuerdo o laudo tendrá validez si está desprovisto de arbitrariedad. De no ser así, las provincias podrían recurrir ante la Corte Suprema de Justicia.

---

(318) Fallos CS 285:241 y 307:1239.

(319) NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I, p. 292, ob. cit.

Los restantes conflictos que se presenten entre las provincias deben ser resueltos por la Corte Suprema de Justicia en virtud de su competencia originaria y exclusiva (art. 117), siendo deber de aquéllas acudir al Alto Tribunal (art. 127).

En tal sentido, la Corte Suprema tiene resuelto que la competencia originaria del art. 117 sólo requiere de un conflicto entre diversas provincias producido como consecuencia del ejercicio de los poderes no transferidos al Estado federal y que son el resultado del reconocimiento de su autonomía. Tales cuestiones, de naturaleza muchas veces compleja y concernientes a las relaciones políticas entre las provincias, otorgan a la Corte Suprema la facultad de determinar de oficio el derecho aplicable para resolver el litigio (320).

Así como las provincias tienen el deber de acudir a la Corte Suprema de Justicia para resolver sus controversias (art. 127), este organismo no puede dejar de ejercer su potestad jurisdiccional para la solución de ellas con el pretexto de tratarse de una cuestión política. Sólo lo podrá hacer si le es planteado un conflicto interprovincial para la determinación de sus límites y se pretende soslayar la intervención obligatoria del Congreso (art. 75, inc. 15).

### 136. EL RÉGIMEN MUNICIPAL

En el curso de la historia política de la humanidad, el municipio aparece como el baluarte primario y más firme para concretar la tutela de las libertades del hombre y su proyección al derecho positivo.

De origen anterior al Estado moderno, el municipio constituye la unidad administrativa y autárquica básica dentro de la organización jerárquica que caracteriza al Estado federal (321).

La trascendencia que ha tenido, y que tiene, el municipio para la vigencia de la libertad, se refleja cabalmente en el proceso constitucional argentino. La gesta de la emancipación política se desarrolló en el seno de un Cabildo abierto y donde las catorce provincias que conformaron originariamente al Estado nacional fueron productos de la emancipación política proclamada por los habitantes de catorce ciudades.

Esa realidad fue debidamente valorada por los constituyentes de 1853/60, quienes atribuyeron jerarquía constitucional al régimen de

---

(320) Fallos CS 310:2478.

(321) RAFAEL BIELSA, *Principios del Régimen Municipal*, p. 33, ob. cit.

los municipios. Plasmaron esa realidad proyectando sus efectos hasta nuestros días, donde la comuna prosigue cumpliendo el rol de núcleo social y político primario a través del cual se expresan las necesidades, inquietudes y demandas de la vida social.

El fundamento normativo del régimen municipal argentino tiene raíz constitucional. La Constitución, en sus arts. 5º y 123, reconoce el régimen municipal e impone a las provincias el deber de instrumentarlo en sus textos constitucionales.

Como el art. 123 de la Ley Fundamental alude a la autonomía municipal, un sector importante de nuestra doctrina considera que se trata de entidades que, al margen de su autarquía, disfrutan de los atributos propios de los organismos autónomos (322).

Por nuestra parte, y sin perjuicio de ciertos principios esbozados por la Corte Suprema de Justicia (323), entendemos que los municipios carecen de un poder autónomo originario reservado por la Constitución a las provincias. Solamente poseen una autonomía derivada o una autarquía originaria, impuesta por la Ley Fundamental, cuyo ejercicio está organizado por las constituciones provinciales y sujeto al control de las legislaturas de cada provincia. Son entidades administrativas autárquicas y entidades políticamente dotadas de un poder autónomo derivado del que, originariamente, tienen las provincias (324).

En síntesis, y sin que importe restar importancia y gravitación a los municipios en el proceso político, son delegaciones de los poderes provinciales que la Constitución ha previsto como entidades sujetas a su propio gobierno y legislación, en ámbitos y materias determinadas genéricamente por la Ley Fundamental y reglamentados por los textos constitucionales de las provincias.

Debido a su carácter autárquico o, si se quiere, de autonomía derivada, los municipios deben contar con los recursos necesarios para cumplir con las funciones constitucionales que les asignan las provincias.

Entre ellos se encuentran los impuestos, tasas y contribuciones que pueden establecer como consecuencia de una expresa autorización legal. Los municipios pueden destinar al cumplimiento de sus fines los recursos fiscales que provengan de normas expresas pro-

---

(322) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 258, Ediar, Buenos Aires 1993.

(323) Fallos CS 312:326.

(324) Nos remitimos a las opiniones expuestas en 124.

vinciales que los establezcan, ya sea en forma directa o indirecta. Directa cuando la ley establece el gravamen, facultando a los municipios para proceder a su recaudación. Indirecta, cuando la ley faculta a los municipios para establecer gravámenes precisando el contenido de las normas que ellos dicten (325).

Con tales recursos, los municipios pueden asumir la administración de aquellas materias que conciernen solamente a los habitantes de una comuna o de uno de sus espacios físicos, sin afectar los intereses provinciales o de la Nación en su conjunto. Para la concreción de tal objetivo, los municipios deben estar investidos de la capacidad necesaria para establecer normas que regulen la buena vecindad, ornato, higiene, vialidad, moralidad, educación y seguridad comunal, con el consecuente poder de preceptuar sanciones correccionales para las infracciones a tales normas (326).

Conforme a este enunciado, la Corte Suprema de Justicia reconoció, a los municipios, la facultad de dictar ordenanzas reglamentando la instalación y funcionamiento del sistema de comunicación, telefonía, televisión por cable, iluminación, energía eléctrica, radiodifusión, antenas comunitarias de comunicación y cualquier otro servicio, siempre que requiera la ocupación del suelo, subsuelo y espacio aéreo para su tendido (327). Inclusive, el régimen normativo que, sobre el particular, haya establecido el municipio, puede ser modificado mediante una ordenanza que revista razonabilidad. Esto acontece cuando tal normativa se basa sobre razones de paisaje urbano, del patrimonio privado de los vecinos, de la estética urbana, seguridad pública y otros motivos similares.

Las normas regulatorias anteriores, que son objeto de la reforma municipal, no pueden ser invocadas en sustento de un derecho adquirido porque, de lo contrario, se estaría imponiendo la inamovilidad del derecho y si, además, las ordenanzas establecen un plazo razonable para adecuarse a las reformas introducidas y respetando el principio de igualdad. Bajo tales condiciones, la doctrina de la Corte Suprema es que *"la modificación de leyes por otras posteriores no da lugar a una cuestión constitucional alguna, ya que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos"* (328).

---

(325) Fallos CS 114:282, 185:21, 186:519, 320:169, 320:621.

(326) Fallos CS 320:619; 321:1052.

(327) Sentencia del 4 de abril de 2006 en el caso *"Cablevisión S.A. c. Municipalidad del Pilar"*; El Derecho, 28 de abril de 2006.

(328) Fallos CS 267:247; 268:228; 291:359; 308:199; 311:1213; 315:839; 318:1531; 321:2683; 323:3412; 325:2875.

### 137. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Antes de la reforma de 1994, la Constitución no tenía referencia alguna a la Ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, en su versión originaria de 1853, el art. 3º disponía que Buenos Aires era la ciudad capital de la Confederación donde tenía su asiento el Gobierno federal.

Esa disposición, a raíz de la reforma de 1860, fue dejada sin efecto. Se estableció, tal como lo prescribe el actual art. 3º de la Ley Fundamental, que el Gobierno federal residirá en la ciudad que, por ley especial del Congreso, se declare Capital de la República.

Esa ley, Nº 1029, fue sancionada el 21 de septiembre de 1880 y, el 26 de noviembre de ese año, la legislatura de la Provincia de Buenos Aires hizo efectiva la correspondiente cesión territorial. Estableció que la Ciudad de Buenos Aires pasaba a ser la Capital de la República, poniendo fin a los innumerables y graves conflictos suscitados entre las autoridades nacionales y de la Provincia de Buenos Aires, con motivo de la superposición de atribuciones producidas entre ellas debido a que ambas tenían su residencia efectiva en la Ciudad de Buenos Aires.

Si bien la Ciudad de Buenos Aires no estaba mencionada en la Constitución, disfrutó de una posición jurídica constitucional especial por haber sido declarada Capital de la Nación. No por tratarse de la Ciudad de Buenos Aires, sino por ser Capital de la República que, como tal, se beneficiaba con la situación particular que para esta última prevé la Constitución.

La posición jurídica constitucional especial asignada a la Capital de la República, y que por ser tal correspondía a la Ciudad de Buenos Aires, puede sintetizarse en los siguientes aspectos:

- 1) Disfrutaba de una autarquía delegada, no originaria, al haber sido organizado su régimen municipal por ley del Congreso.
- 2) Como consecuencia de esa ley, Buenos Aires estaba sujeta a dos gobiernos. Uno de índole político, a cargo del Congreso Nacional y del Presidente de la República. Otro de carácter administrativo, a cargo de las autoridades municipales.
- 3) Las sucesivas leyes que regularon la estructura municipal de Buenos Aires aplicaron la doctrina de la separación de las funciones gubernamentales para su gestión administrativa. Preveían un órgano ejecutivo a cargo del intendente de la Ciudad, que estaba contemplado expresamente en el entonces art. 81 de la Constitución bajo el nombre de *"presidente de la*

*Municipalidad*"; un Concejo Deliberante con la función de sancionar normas administrativas municipales de carácter general; y una autoridad judicial de faltas encargada de resolver algunos de los conflictos que se suscitaban con los particulares debido a la aplicación de los actos municipales emanados del Concejo Deliberante y del intendente.

- 4) La regulación municipal de Buenos Aires por el Congreso estaba basada sobre el entonces art. 67, inc. 27, de la Constitución, que lo facultaba para ejercer una legislación exclusiva sobre todo su territorio.
- 5) Por disposición de los entonces arts. 37 y 46 de la Constitución, y en su condición de Capital de la República, Buenos Aires era un distrito político electoral. Su población estaba representada en la Cámara de Diputados y la Ciudad en la Cámara de Senadores, sobre las mismas bases representativas que la Ley Fundamental establecía para las provincias.
- 6) En cuanto a la elección de sus autoridades, la ley orgánica del Municipio de Buenos Aires establecía que los miembros del Concejo Deliberante eran elegidos por los ciudadanos domiciliados en la Ciudad; que los integrantes del órgano jurisdiccional eran nombrados por el intendente con acuerdo del Concejo Deliberante; y que el intendente era elegido por el Presidente de la República.

Esta última modalidad, la elección del intendente por el Presidente de la República, fue pasible de severas críticas. Se entendía, con razón, que la elección del intendente debía ser hecha por la población de Buenos Aires, a igual que la de los miembros del Concejo Deliberante, y no por el Presidente de la República (329).

Esta postura estaba avalada no solamente por una interpretación sistemática de los principios republicanos que inspiran a la Constitución, sino también por los antecedentes registrados sobre el particular, de los cuales cabe rescatar a los siguientes:

- 1) La ley del 6 de mayo de 1853, dictada por el mismo Congreso Constituyente que sancionó la Constitución de 1853, establecía que el intendente de Buenos Aires era elegido por el Presidente de la República entre los integrantes de una terna elevada por el Concejo Deliberante. Esa solución era similar a la

---

(329) CARLOS R. MELO, *El Municipio Argentino*, Córdoba 1922. En igual sentido emitieron su opinión prestigiosos juristas como Clodomiro Zavalía, Segundo V. Linares Quintana, Juan R. Aguirre Lanari y Jorge R. Vanossi.

que había previsto Justo José de Urquiza cuando, por decreto del 2 de septiembre de 1852, restauró el régimen municipal de la Ciudad de Buenos Aires.

- 2) Cuando en 1860 se organizó el Municipio de la Ciudad de Paraná, a raíz del conflicto suscitado con la Provincia de Buenos Aires que motivó el traslado a aquélla de las autoridades nacionales y su condición de sede de las mismas, la ley municipal sancionada disponía que la elección del intendente la efectuaba el Concejo Deliberante entre sus miembros.
- 3) En 1880, una vez sancionada la ley N° 1029, se resolvió que el intendente fuera elegido por el Presidente de la República con acuerdo del Senado. Este sistema se aplicó hasta el año 1917, en que se optó por conferir aquella facultad, en forma exclusiva, al Presidente de la República.

Tales antecedentes ponen de relieve que la elección del intendente no fue considerada como una facultad privativa del Presidente de la República por imperio de alguna disposición constitucional. Bastaba una ley del Congreso para acordar al pueblo de Buenos Aires la facultad de nombrar a su intendente, colmando así una legítima e intensa aspiración de sus vecinos. Si tal solución no se concretó en la práctica, ello obedeció a diversos factores políticos en función de los cuales se consideró conveniente reservar aquella designación al Presidente de la República.

De todas maneras, esta última alternativa no podía ser calificada de inconstitucional porque, en definitiva, la regulación del sistema electoral aplicable para designar a las autoridades del entonces Municipio de Buenos Aires, en su condición de Capital de la República, era una función privativa del Congreso.

Tal era, en síntesis, la situación jurídico constitucional de la Ciudad de Buenos Aires resultante de la Ley Fundamental, con la salvedad que ella no se otorgaba directamente a esa Ciudad, sino como consecuencia de haber sido declarada Capital de la República y mientras perdurara esa condición.

Con la reforma de 1994 la situación jurídico constitucional de la Ciudad de Buenos Aires varió sustancialmente. La norma que regula esa situación es el artículo 129 de la Ley Fundamental, que dispone:

*"La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado Nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en*

*este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones”.*

A este artículo se añade la Disposición Transitoria 7<sup>a</sup>, que dice: “*El Congreso ejercerá en la ciudad de Buenos Aires, mientras sea capital de la Nación, las atribuciones legislativas que conserve con arreglo al artículo 129*”. Se trata de las atribuciones que contempla la ley que garantiza los intereses del Estado Nacional y cuya vigencia subsiste mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

Con la reforma constitucional de 1994 la ciudad de Buenos Aires adquirió una autonomía política similar, aunque no igual, a la de las provincias. No se encuentra en un rango constitucional igual al reconocido a las provincias, porque su autonomía no es originaria sino derivada. No se trata de una de las entidades preexistentes a la Constitución que cita su art. 121, sino de una creación de esta última. Por ende, Buenos Aires no conserva los poderes que no hubiera transferido a la Nación, como en el caso de las provincias, sino que tiene sólo aquellos atributos que le confiere la Constitución (330).

En su calidad de ciudad autónoma, Buenos Aires está representada en la Cámara de Senadores y su población en la Cámara de Diputados. Conforme lo establecen los arts. 45 y 54 de la Constitución, esa representación no depende de su actual carácter de ciudad Capital de la República. Si, en alguna oportunidad, se decide trasladar la Capital, Buenos Aires conservará esa representación y, a ella, se añadirá la correspondiente a la nueva ciudad Capital en la Cámara de Diputados, aunque no en la Cámara de Senadores.

En ejercicio de su autonomía política, con la consiguiente potestad de autorregulación normativa, Buenos Aires disfruta de un poder constituyente de segundo grado. Mediante el mismo, está facultada para dictar un Estatuto Organizativo cuya jerarquía jurídica es igual a la de las constituciones provinciales. Ese Estatuto, que puede ser objeto de reforma o sustitución conforme al procedimiento que establezca, no está sujeto a la previa aprobación por las autoridades nacionales. Su contenido solamente debe adecuarse a las disposiciones de la Constitución Nacional correspondiendo, al Poder Judicial, verificar su validez en cada caso concreto mediante el ejercicio del control de constitucionalidad.

---

(330) Conf. opiniones expuestas por JORGE R. VANOSI, HORACIO GARCÍA BELSUNCE y ALBERTO A. SPOTA en *Régimen Político de la Ciudad de Buenos Aires, la Autonomía Municipal y sus limitaciones*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires 1995.



El art. 129 de la Ley Fundamental dispone que, la autonomía política otorgada a Buenos Aires, comprende la organización y funcionamiento de sus propios órganos legislativo, ejecutivo y judicial. La conformación y potestades de tales órganos son establecidas por el Estatuto Organizativo con una salvedad: la elección del titular del órgano ejecutivo debe ser realizada en forma directa por la población de la Ciudad.

El Estatuto de la Ciudad de Buenos Aires fue sancionado el 1º de octubre de 1996. Consta de 140 arts. en los cuales se regulan los principios fundamentales que rigen las relaciones privadas, las relaciones entre los particulares y el gobierno local, la organización de los órganos gubernamentales y los sistemas electorales para la cobertura de los cargos del gobierno.

El órgano legislativo es una Legislatura unicameral cuyos miembros son sesenta diputados, aunque su número puede ser aumentado por ley de manera proporcional al incremento de la población (art. 68). El mandato de los diputados es de cuatro años y la Legislatura se renueva por mitades cada dos años (art. 69), conforme al sistema electoral proporcional de voto directo no acumulativo que establezca la ley local. Si no se sancionara esa ley por la mayoría de los dos tercios de los miembros de la Legislatura, entendemos que será aplicable el sistema electoral vigente para la elección de los diputados nacionales.

Es viable la reelección inmediata de los legisladores para un nuevo período de cuatro años pero, en tal caso, para poder ser nuevamente electo para un tercer período es necesario que transcurra un intervalo de igual lapso.

Sus atribuciones de índole legislativa son amplias, abarcando la generalidad de las materias que pueden ser reguladas por las legislaturas de las provincias.

Para ser legislador, el Estatuto exige que la persona electa sea argentino nativo, por opción o naturalizado y, en este último caso, con cuatro años de ejercicio de la ciudadanía. Además, debe ser mayor de edad, y natural de la Ciudad o tener una residencia en ella, inmediata a la elección, no inferior a los cuatro años (art. 70). Están inhabilitados para ser legisladores quienes no puedan ser electores, los inhabilitados para ocupar cargos públicos, los condenados por delitos hasta que no se agote el cumplimiento de la pena, los condenados por crímenes de guerra contra la paz o contra la humanidad y los militares e integrantes de las fuerzas de seguridad que se encuentren en actividad (art. 72).

El cargo de diputado es incompatible con el ejercicio de cualquier empleo o función pública nacional, provincial, municipal o de la Ciudad, salvo los relacionados con la investigación o docencia. También con el ejercicio de la abogacía o la procuración contra la Ciudad, salvo en causa propia. Los legisladores no pueden ser propietarios, directores, gerentes, apoderados o asesores de empresas que contraten con la Ciudad o sus entes autárquicos o descentralizados. Tales funciones no las pueden ejercer hasta dos años después de haber cesado en sus cargos (art. 73).

El órgano ejecutivo es ejercido por el Jefe de Gobierno. Su elección se concreta en forma directa por el voto de la mayoría absoluta de los ciudadanos, con exclusión de los votos en blanco y anulados. Si después de la primera elección ningún candidato obtiene la mayoría absoluta de votos, dentro de los treinta días se realizará un nuevo acto electoral con la participación de los dos candidatos que obtuvieron mayor número de votos. La elección se hace por fórmula integrada por candidatos a los cargos de jefe y vicesjefe de gobierno (art. 96).

Para ser Jefe de Gobierno se requiere que, al momento del acto electoral, la persona elegida sea argentino nativo o por opción, tenga treinta años de edad, sea nativo de la Ciudad o con una residencia habitual e inmediata en ella no inferior a los cinco años y no estar comprendido en algunas de las inhabilidades o incompatibilidades establecidas para los legisladores (art. 97). Su mandato es de cuatro años y puede ser reelecto por un solo período consecutivo. Concluido el período del mandato de la reelección no puede ser nuevamente elegido sino previo transcurso de cuatro años (art. 98).

El órgano judicial está compuesto por el Tribunal Superior de Justicia, los tribunales que se establezcan por ley, el Consejo de la Magistratura y el Ministerio Público (art. 107). El Tribunal Superior está formado por cinco jueces nombrados por el Jefe de Gobierno con acuerdo de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura. Para integrar el Tribunal se requiere ser argentino, tener treinta años de edad, ser abogado con ocho años de graduado y ser natural de la Ciudad o con una residencia inmediata en ella no inferior a cinco años (arts. 111 y 112).

Conforme al art. 106 del Estatuto, corresponde a los jueces de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por el Estatuto, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes nacionales y locales.

El Estatuto, a igual que la Constitución Nacional, contiene formas semidirectas de democracia. Regula el derecho de iniciativa (art. 64),

la consulta popular obligatoria a la cual denomina referéndum obligatorio (art. 65) y la consulta popular no vinculante (art. 66). La regulación de estos mecanismos de excepción al gobierno representativo tiene mayor claridad y precisión que la expuesta en el articulado de la Constitución Nacional con motivo de la reforma de 1994. Así, el Estatuto dispone que los proyectos para su reforma no pueden provenir de la iniciativa popular, y que ella es inviable para propiciar la modificación de los tratados internacionales y de las normas aplicables en materia de tributos y presupuesto. En cuanto al referéndum, o consulta popular obligatoria, no puede recaer sobre aquellas materias que están excluidas del derecho de iniciativa, los tratados interjurisdiccionales y las que requieran mayorías especiales para su aprobación.

El art. 67 del Estatuto incorpora una forma de democracia semidirecta relativamente novedosa en nuestro derecho constitucional. Se trata de la revocatoria, que es el derecho político reconocido a los ciudadanos para decidir por votación popular la destitución de un gobernante, siempre que hayan transcurrido doce meses de su asunción al cargo y resten más de seis meses para el cese.

Dispone que los funcionarios electivos pueden ser destituidos por el voto de los ciudadanos. Se requiere de una iniciativa propiciada por el veinte por ciento de las personas inscriptas en el padrón electoral, la cual debe ser presentada ante el Tribunal Superior. Este organismo debe verificar si se cumplieron los recaudos establecidos por el Estatuto y, de no mediar objeción, convocará a un referéndum de revocación que se realizará dentro de los noventa días de efectuada la presentación. Para que se concrete la cesación del mandato correspondiente al funcionario impugnado, es necesario el voto de la mayoría absoluta de los ciudadanos empadronados (331).

La revocatoria no es aplicable a los funcionarios cuyo mandato no superó un año de vigencia, así como tampoco a quienes les restan menos de seis meses para concluir su gestión gubernamental. Como el art. 67 se refiere a los funcionarios electivos, resulta dudosa su aplicación para los funcionarios del Poder Judicial. Sin embargo, como la magistratura judicial integra un órgano del gobierno y es también un cargo electivo, aunque de manera indirecta, no existirían reparos jurídicos para que los miembros del Poder Judicial queda-

---

(331) La revocatoria de su mandato, fue propiciada en 2005 por el entonces Jefe de Gobierno, Aníbal Ibarra, para obtener el apoyo popular y neutralizar el juicio político solicitado para su remoción. Al no conseguir la mayoría necesaria, la revocatoria no se concretó siendo, al año siguiente, removido por mal desempeño de su cargo en el juicio político que se le sustanció.

ran sujetos a la revocación popular de sus mandatos. Sin embargo, la ley 357 limita la revocatoria a los funcionarios de los poderes legislativo, ejecutivo y de las comunas.

El Estatuto Organizativo puede ser reformado en forma total o parcial. La función preconstituyente la ejerce la Legislatura declarando la necesidad de la reforma mediante una ley aprobada por los dos tercios de la totalidad de sus miembros.

En la ley que declara la necesidad de la reforma, que no puede ser objeto de veto por el Poder Ejecutivo, deben estar individualizados, de manera expresa y taxativa, los artículos a reformar, la fecha en que serán elegidos los miembros de la convención reformadora y el plazo de duración de la misma. Una vez agotado el ejercicio de la función preconstituyente, se procederá a convocar una Convención especial para que reforme el Estatuto (art. 60). Esa Convención especial, a igual que la Convención reformadora que prevé el art. 30 de la Constitución Nacional, puede rechazar, total o parcialmente, las propuestas de reforma presentadas por la Legislatura.

La autonomía que concede a la Ciudad de Buenos Aires el art. 129 de la Constitución, le permite implementar los mecanismos que considere oportunos para la designación de sus autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales. Tales mecanismos deben respetar la forma representativa y republicana prevista por el art. 1º de la Ley Fundamental y, para la elección del jefe de gobierno, el sistema directo. Este último sistema electoral no puede ser alterado por el Estatuto Organizativo.

La potestad para la designación de sus propias autoridades se extiende al reconocimiento de facultades legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales en la medida que estén reconocidas por la Constitución y cuyo ejercicio debe adecuarse a las normas del Estatuto Organizativo.

En materia de facultades legislativas, y como regla general, la Ciudad de Buenos Aires posee todas aquellas que son ejercidas por las provincias.

Sin embargo, a la Ciudad de Buenos Aires no le es aplicable la cláusula del art. 121 de la Constitución. Mientras que las provincias conservan todas las potestades que no transfirieron al Estado nacional, la Ciudad de Buenos Aires solamente tiene los atributos que le confiere la Constitución, como consecuencia de su autonomía derivada y no originaria.

Pero, y aunque no resulte expresamente de la Constitución, la ley convenio en materia impositiva que regula el art. 75, inc. 2º, de la Ley

Fundamental, debería requerir del acuerdo entre la Nación y la Ciudad de Buenos Aires. Esto es así porque Buenos Aires debe tener participación directa en la distribución de los recursos impositivos que se realice entre ella, las provincias y la Nación. Además, porque toda transferencia de competencias, servicios o funciones, con la correspondiente reasignación de recursos, debe ser aprobada por ley del Congreso y de la Legislatura de Buenos Aires cuando afecte sus intereses.

Otro tanto acontece con las facultades residuales emanadas del art. 75, inc. 12, de la Constitución cuyo ejercicio incumbe a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires. Tal es lo que resulta de la Disposición Transitoria 15 que reserva al Congreso el ejercicio de una legislación exclusiva sobre el territorio de la Ciudad de Buenos Aires hasta que se constituyan sus órganos de gobierno. Refuerza esta conclusión la cláusula contenida en la Disposición Transitoria 7ª que, implícitamente, veda al Congreso el ejercicio de atribuciones legislativas en la Ciudad de Buenos Aires cuando ella deje de ser capital de la Nación.

Sin embargo, la Ciudad de Buenos Aires no puede participar en la creación de las regiones previstas en el art. 124 de la Constitución, sino bajo las condiciones que establezca por ley el Congreso. Tampoco le correspondería el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio, aunque puede quedar a su cargo la correspondiente explotación y administración conforme lo establezca por ley el Congreso (332).

La Ciudad de Buenos Aires no está facultada para celebrar los tratados parciales que menciona el art. 125 de la Constitución, pero puede ser autorizada por ley del Congreso.

Tampoco, su Jefe de Gobierno, tiene la función que el art. 128 de la Constitución confiere a los gobernadores provinciales.

En materia jurisdiccional, los órganos judiciales de la Ciudad de Buenos Aires tendrían las mismas facultades que los propios de cada provincia. Ellas se traducirían en la aplicación de las normas nacionales y locales, dejando a salvo las materias que están sujetas a la jurisdicción federal.

Se plantea una situación particular con la subsistencia de la estructura de la justicia nacional con sede en la Ciudad de Buenos Aires. La autonomía jurisdiccional concedida por el art. 129 de la Cons-

---

(332) JORGE R. VANOSSI, *Régimen Político de la Ciudad de Buenos Aires*, p. 23, ob. cit.

titudin conllevaría la potestad de organizar su propio Poder Judicial. Tal circunstancia determina que, a falta de previsión normativa en el Estatuto Organizativo o en la ley que garantiza los intereses del Estado nacional mientras Buenos Aires sea la ciudad capital de la Nación, los magistrados de la justicia nacional cesarían en sus funciones o pasarían a ejercerlas en comisión. Esto es así, porque habrían sido suprimidos los cargos para los cuales fueron designados con la consiguiente pérdida de la garantía de la inamovilidad establecida en el art. 110 de la Constitución.

Tal solución, que acarreará el alejamiento de la función judicial de numerosos magistrados que presentan una dilatada y destacada actuación en sus respectivos fueros, puede provocar una grave perturbación en la actividad jurisdiccional. Por tal razón, la ley 24.588 dispuso mantener la jurisdicción y competencia de la justicia ordinaria en el ámbito del Poder Judicial de la Nación.

Asimismo, y también para evitar esa anomalía, fue sancionada la Cláusula Transitoria 13 del Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires. Establece que cuando se disponga que la justicia ordinaria de la Ciudad sea ejercida por sus propios jueces, el Gobierno local podrá convenir con el Gobierno federal que los jueces nacionales sean transferidos al Poder Judicial de la Ciudad conservando su inamovilidad y jerarquía. En tales casos, los ex jueces nacionales sólo podrían ser removidos por los procedimientos y jurados previstos en la Constitución nacional. De todas maneras, el traspaso de los ex jueces nacionales al Poder Judicial local requiere la conformidad de los interesados. Pero, si no se expresa esa conformidad, el magistrado cesará en sus funciones por haber sido suprimido el cargo que ejercía.

La doctrina, sin embargo, no es uniforme sobre las potestades jurisdiccionales de la Ciudad de Buenos Aires.

Vanossi destaca que los convencionales de 1994 reformaron parcialmente el art. 75, inc. 12, de la Constitución, pero se abstuvieron de modificar su texto cuando, de modo expreso, dispone que la legislación civil, comercial, penal, de minería, trabajo y seguridad social será aplicada por los tribunales federales o provinciales. Como no incluye a los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires, no se podría afirmar que, en el ámbito de esa Ciudad, la función jurisdiccional respecto de tales normas pueda ser ejercida por su Poder Judicial. La expresa omisión del constituyente conduce a sostener que la función jurisdiccional en esas materias solamente puede ser ejercida por el Poder Ejecutivo nacional. Los tribunales de la Ciudad sólo estarían habilitados para ejercer la función jurisdiccional sobre ma-

terias locales: "*Justicia de Faltas, Justicia Contravencional, Contencioso Administrativo Municipal*" (333).

Esta tesis es compartida por Spota (334), para quien el órgano judicial en la Ciudad de Buenos Aires debe continuar siendo el Poder Judicial nacional. Añadía, "*para mí no existe en la Constitución vigente autonomía para la Ciudad de Buenos Aires, sino un gobierno autónomo que es otra cosa*".

En definitiva, la cuestión deberá ser oportunamente resuelta por la Corte Suprema de Justicia mediante la interpretación constitucional. Cabe recordar que, el Alto Tribunal, se pronunció por la competencia de los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires en materia de contravenciones establecidas por una ley nacional que le había otorgado competencia a la jurisdicción nacional. Ello aconteció con la ley 24.789, sancionada con posterioridad a la ley 24.588 que garantiza los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires (art. 129 CN). La Corte consideró que, como al tiempo de ser sancionada la ley 24.789 no estaba organizada la jurisdicción contravencional de Buenos Aires, resultaba razonable prever la competencia de los órganos judiciales de la Nación. Pero, una vez concluida esa organización, el juzgamiento de las contravenciones correspondía a los tribunales locales debido a la expresa disposición en tal sentido que contiene la ley 24.588 (335).

La Corte Suprema tiene resuelto que los conflictos de competencia que se presentan entre los jueces federales y los de la Ciudad de Buenos Aires en materia de juegos de azar, debe ser resuelta a favor de los primeros, no solamente porque se debate la validez y constitucionalidad de normas federales sino también porque, en el caso concreto, el Hipódromo Argentino de Palermo es un establecimiento en el cual se practica una actividad declarada de interés nacional que, como tal y conforme a la ley 24.588, queda sometido a la jurisdicción federal (336). También consideró que, así como la Convención Constituyente de 1994 sujetó su labor a los límites de la ley que declaró la necesidad de la reforma, no puede concebirse que el poder estatuyente local prescinda de los marcos normativos superiores, compuestos por el art. 129 de la Constitución federal y sus leyes reglamentarias 24.588 y 24.620 (337). Consecuentemente,

---

(333) JORGE R. VANOSI, *Régimen Político de la Ciudad de Buenos Aires*, p. 25, ob. cit.

(334) ALBERTO A. SPOTA, *Régimen Político de la Ciudad de Buenos Aires*, p. 33, ob. cit.

(335) Fallos CS 324:1307.

(336) Fallos CS 326:3669.

(337) Fallos CS 320:875.

como el ámbito del Puerto de la Ciudad de Buenos Aires es un espacio territorial sujeto a la jurisdicción federal, el ejercicio del poder de policía respecto de los juegos de azar que se desarrollan en ese lugar corresponde al Estado Nacional a través de sus organismos pertinentes (338).

La plenitud de la autonomía establecida por el art. 129 de la Constitución, con sus limitaciones constitucionales, solamente se concretará cuando la Ciudad de Buenos Aires deje de ser Capital de la República. Mientras tanto, las disposiciones del Estatuto Organizativo quedan subordinadas, no solamente a la Constitución nacional, sino también a la ley que garantice los intereses del Estado nacional y cuya vigencia prevé el art. 129 de la Ley Fundamental. Las cláusulas del Estatuto que se opongan a esa ley no serán nulas. Simplemente, su aplicación quedará suspendida hasta tanto se modifique la ley de garantías o Buenos Aires deje de ser Capital de la Nación.

El propósito de esa ley es el de tornar posible la convivencia armónica de dos autoridades políticas en un mismo ámbito territorial; las autoridades de la Nación y las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires. Esa ley limita la autonomía de Buenos Aires estando ubicada, jerárquicamente, en un rango superior al Estatuto Organizativo.

La ley que garantiza los intereses del Estado nacional en la Ciudad de Buenos Aires fue sancionada el 8 de noviembre de 1995 y lleva el N° 24.588.

Establece que su vigencia se extiende mientras Buenos Aires prosiga siendo la Capital de la República (art. 1°) y que, como principio general, la Nación conserva todas aquellas atribuciones que la Constitución no concede al gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires (art. 2°).

Todos los inmuebles ubicados en la Ciudad de Buenos Aires que sirven de asiento a los poderes de la Nación, y todos los bienes que son propiedad de la Nación o están destinados al uso o consumo del sector público nacional, continuarán sujetos a la jurisdicción federal (art. 3°).

El Gobierno nacional se abstendrá de intervenir en la elección de las autoridades locales (art. 4°), manteniendo su vigencia toda la legislación nacional y municipal que estaba vigente para la Ciudad de

---

(338) Fallos CS 325:766. Asimismo, la exclusión de la Ciudad de Buenos Aires del art. 11 de la ley 24.093 determina la presencia federal en la propiedad y administración del Puerto de Buenos Aires (conf. NÉSTOR SAGÜÉS, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, p. 44, Astrea, Buenos Aires 1996).



Buenos Aires hasta tanto no sea derogada o modificada por las autoridades nacionales o locales según el caso (art. 5°).

El Gobierno nacional proseguirá ejerciendo su competencia en materia de seguridad y protección a las personas y bienes (art. 7°); la justicia nacional ordinaria continuará a cargo del Poder Judicial de la Nación (art. 8°); y proseguirán en jurisdicción del Estado nacional el Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia (art. 10).

Los agentes públicos que prestaban servicios en el Estado nacional y cuya transferencia se concretó a la Ciudad de Buenos Aires, así como también aquellos que prestaban servicios en la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, conservan su nivel escalafonario, remuneración, antigüedad y derechos previsionales (art. 11).

El Estado nacional y la Ciudad de Buenos Aires celebrarán convenios referentes a la transferencia de organismos, funciones, competencias, servicios y bienes (art. 6°), extensibles a la cooperación y auxilio que brindará al gobierno local la Policía Federal cuya dependencia orgánica y funcional se mantiene en el Poder Ejecutivo Nacional (art. 7°). Entre los convenios de transferencia, cabe citar el aprobado por la ley nacional 25.752 y la ley local 597 que confiere a los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires el juzgamiento de ciertos delitos cometidos en su territorio, como la tenencia de armas de fuego de uso civil.

La Ciudad de Buenos Aires, con la intervención de las autoridades nacionales, puede celebrar convenios y contratar créditos internacionales con todo tipo de entidades públicas o privadas, siempre que no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten su crédito público (art. 14). En cuanto a la administración presupuestaria y financiera se regirá por la legislación de la Ciudad de Buenos Aires, así como también su ejecución y fiscalización (art. 13).

Las funciones jurisdiccionales de la Ciudad de Buenos Aires se limitan a las relacionadas con las cuestiones contravencionales y de faltas, las de vecindad, contencioso administrativas y tributarias locales (art. 8°). Las restantes se mantienen en la órbita del Poder Judicial de la Nación, hasta tanto el Congreso federal no decida lo contrario.

Corresponde destacar que la ley 24.588 puede ser reformada en cualquier momento, ampliando o reduciendo las potestades cuyo ejercicio se reserva la Nación al limitar la autonomía constitucional de la Ciudad de Buenos Aires, y mientras ésta prosiga siendo la capital de la República.

### 138. ESTRUCTURA DEL GOBIERNO

El gobierno está constituido por el órgano, o conjunto de órganos, a los cuales se atribuye el ejercicio del poder soberano de una organización política global de la sociedad.

El titular del poder político soberano es la organización global. Actualmente, la organización política global dominante es el Estado nacional, ya sea unitario o federal. Sin embargo, desde mediados del siglo XX se advierte el desenvolvimiento creciente de una corriente del pensamiento político que propicia la paulatina transferencia del poder político estatal a entidades internacionales o supraestatales con la consecuente subordinación y absorción de las estructuras estatales.

En cierto sentido el poder de la organización política global es abstracto. Para dejar de ser tal, es indispensable su manifestación. Que se exteriorice su ejercicio a través de los medios y procedimientos que prevé la estructura de la organización global. Si el poder político del Estado no se ejerce en el curso de la convivencia social, no habrá poder y, por ende, la existencia del Estado será meramente nominal.

La manifestación del poder del Estado se concreta mediante su ejercicio por el gobierno. Así como la organización global es la titular del poder político, el gobierno lo es en cuanto a su ejercicio. De modo que el gobierno es la entidad por cuyo intermedio se exterioriza el poder de la organización política global a través de la formulación, expresión y realización de la voluntad estatal (339).

El concepto de gobierno, como fenómeno político, sinónimo de autoridad y factor desencadenante de la relación de mando y obediencia institucionalizada, puede ser restrictivo o amplio.

Su conformación restrictiva se limita a describir la estructura de los órganos del gobierno y la forma en que los individuos acceden a los cargos gubernamentales. Ese contenido estricto es el que caracteriza a las clásicas definiciones de las formas de gobierno donde, según que el poder fuera ejercido por una persona, un grupo de personas o por la mayoría de los integrantes de la sociedad, se distinguía a la monarquía o tiranía de la aristocracia u oligarquía y de la democracia o demagogia.

La estructuración clásica de las formas de gobierno es, esencialmente, de tipo formal. Se limita a describir la composición del go-

---

(339) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VII, p. 15, ob. cit.

bierno y si existe una centralización o descentralización del poder en cuanto a su ejercicio.

Cuando a la concepción clásica se le añade el análisis de las relaciones que se producen entre el gobierno y los destinatarios del poder, el criterio restrictivo se amplía para dar cabida al concepto del régimen político.

El análisis del régimen político no se limita a la estructuración del gobierno y de las relaciones que se producen entre los órganos que lo integran, sino que se proyecta sobre el estudio de la relación de mando y obediencia que se opera entre el gobierno y los habitantes del Estado.

Uno de los aportes más importantes suministrados por el estudio de los regímenes políticos consiste en el análisis comparativo entre el orden constitucional y el orden político. Entre la ley y la realidad. El primero está compuesto por las normas jurídicas vigentes en un Estado y el deber ser coactivo que emana de ellas. El segundo es la realidad política conformada por el conjunto de instituciones de igual índole, estén o no previstas en el ordenamiento jurídico, y su funcionamiento.

El estudio comparativo entre el orden constitucional y el orden político permite verificar, en el ámbito de la unidad de análisis que es el Estado, la concordancia o discordancia entre ambos factores. La relación entre el deber ser y el ser. Las conclusiones posibilitan, con relativa precisión, la tipificación del régimen político objeto de estudio.

En rigor, y a la luz de un enfoque empírico, es imposible que se presente una concordancia absoluta entre el orden constitucional y el orden político. Siempre se advertirá cierto margen de distorsión porque el dinamismo de la vida política puede conducir, en mayor o menor grado, al incumplimiento de la ley. El grado de distorsión permitirá verificar, en cada caso concreto, cuál será la tipificación real que corresponde asignar a un régimen político porque, al margen de las normas legales, lo que interesa es conocer la realidad. Es así que, un régimen jurídicamente democrático, puede configurar una autocracia y, por el contrario, un régimen formalmente autocrático puede aproximarse en la realidad a una democracia. Se trata, en ambos casos, de una situación que caracteriza a los regímenes en transición. Ya sea hacia el autoritarismo o a la democracia.

Otro de los aspectos aportados por el estudio de los regímenes políticos es la distinción entre la legalidad y la legitimidad. La legalidad presupone conductas que se adecuan al mandato de la ley. La

legitimidad, en cambio, alude a comportamientos que responden a las necesidades, deseos, inquietudes, sentimientos o valores de la sociedad. La legalidad muchas veces coincide con la legitimidad, aunque cabe advertir conductas que se adecuan al derecho pero que carecen de legitimidad, así como también comportamientos dotados de legitimidad aunque opuestos a la ley.

Una de las técnicas más conducentes para conocer la naturaleza del régimen jurídico imperante en un país consiste en analizar el contenido que se obtenga a las respuestas para tres preguntas básicas: ¿quién manda?, ¿cómo manda? y ¿para qué manda? (340). Respondiendo a la primera pregunta se conoce al real titular del poder político en orden a su ejercicio que puede, o no, total o parcialmente, ser el gobierno. Con la respuesta a la segunda pregunta se conocerá la forma en que se ejercita el mando, ya sea respetando o no la ley o el grado de reconocimiento a las libertades y garantías de las personas. Mediante la respuesta a la tercera pregunta se podrá conocer la finalidad personalista o transpersonalista a que responde el ejercicio del poder político.

El concepto de sistema político abarca tanto al concepto clásico del gobierno, como a los elementos que conforman el régimen político. Pero a ellos se añade el conocimiento sobre la idea política dominante que impera en una sociedad y que determina su cultura política, así como también la gravitación que ella tiene sobre el pluralismo social, sobre el control social del gobierno y su eventual recepción legal.

El análisis de la idea política dominante, ya sea personalista o transpersonalista, resulta fundamental para el conocimiento y tipificación de los sistemas políticos. Sin embargo, su consideración no debe excluir a los elementos formales, jurídicos y de relación social que se utilizan para el estudio de las formas de gobierno y los regímenes políticos. Esa exclusión, propiciada implícitamente por los precursores de la concepción sistemática de la política (341), conduce a insertar el estudio de los sistemas políticos en un ámbito abstracto de la Ciencia Política sin conexión alguna con los estudios propios del Derecho Constitucional y pese a que, este último, integra aquella disciplina científica.

---

(340) MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA, *Regímenes políticos contemporáneos*, p. 20, Ed. Tecnos, Madrid 1965.

(341) DAVID EASTON, *Esquema para el análisis político*, p. 47, Ed. Amorrortu, Buenos Aires 1969; GABRIEL ALMOND y G. POWELL, *Política comparada*, p. 23, Ed. Paidós, Buenos Aires 1972; ROBERT DAHL, *Análisis sociológico de la política*, p. 14, Ed. Fontanella, Barcelona 1968.

En cierto modo, el análisis excluyente de los sistemas políticos sobre la base ideológica forjada por la idea política dominante, impide formular una visión completa y clara sobre el origen, evolución y eventual destino de una organización política global. Además, en la medida que la exteriorización de la idea política dominante se sujeta al cauce de ciertas normas jurídicas e instituciones, se pueden producir ciertas variaciones en su extensión e intensidad.

Es evidente que todo sistema político responde a una idea política dominante. A una idea personalista cuya meta inmediata y mediata es la libertad y dignidad de la persona, o a una idea transpersonalista donde aquellos valores, en una escala axiológica, están subordinados al Estado, la nación, la raza, una religión o a la figura carismática del autócrata.

También es cierto que ella es la causa que genera las instituciones y la organización gubernamental. Asimismo, cabe admitir que una idea política dominante de tipo personalista puede estar presente en diversas formas de gobierno y, otro tanto, acontece con una idea política dominante transpersonalista.

El constitucionalismo democrático originado por la primera se puede traducir en un gobierno republicano, en una monarquía constitucional, en un régimen presidencialista o parlamentario y hasta en formas directas o semidirectas de democracia. Pero, en todas ellas, habrá pluralismo y control social.

A su vez, la autocracia originada por la segunda de tales ideas dominantes usualmente desemboca en formas de gobierno tales como la monarquía absoluta, la república oligárquica, gobiernos de partido único, dictaduras personales, en el neopresidencialismo sudamericano y hasta en gobiernos de asamblea carentes de pluralismo (342).

En definitiva, el papel relevante de la idea política fundamental en una sociedad debe ser estudiado conjuntamente con sus consecuencias e, inclusive, analizando la influencia que ellas pueden tener sobre el desenvolvimiento esencialmente dinámico de esa idea.

Con esa salvedad, coincidimos en definir al sistema político como el conjunto de ideas dominantes, normas, valores, principios, conductas y factores que determinan cierto tipo de organización política y de convivencia social (343).

---

(342) KARL LOBWEINSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 31, ob. cit.

(343) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VII, p. 50, ob. cit.

### 139. ESTRUCTURA DEL GOBIERNO NACIONAL

El art. 1º de la Constitución dispone que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal.

Las formas representativa y republicana son modalidades propias de una estructura gubernamental. En cambio, no acontece lo propio con el federalismo, pues tipifica a una especie de Estado con descentralización política, pero no a un gobierno. Se trata de una conclusión formulada por la Ciencia Política en el curso del siglo XX, con motivo de las investigaciones desarrolladas para precisar las tipologías de las organizaciones políticas globales y de los regímenes o sistemas políticos.

Nuestros constituyentes, recogiendo la confusa terminología científica imperante al tiempo de ser sancionada la Constitución, asignaron carácter federal al gobierno cuando, en rigor, es una cualidad correspondiente a la forma de Estado que adoptaron. De manera que todas las referencias que encontramos en la Ley Fundamental sobre el gobierno federal aluden al gobierno del Estado federal y no a una característica específica del gobierno en orden a su tipificación. Es que, en todo Estado federal, siempre habrá un gobierno federal cuya denominación es consecuencia de la estructuración federal asignada al Estado.

Al margen del art. 1º, en varias disposiciones de la Constitución y de su Preámbulo se incorporan aquellas cualidades atinentes a la forma de gobierno adoptada. Así, en el Preámbulo los constituyentes invocan la representación del pueblo de la Nación Argentina y el mandato, de igual naturaleza, que les impartieron las provincias.

En el art. 5º de la Ley Fundamental se impone a las provincias el deber de sancionar constituciones bajo el sistema representativo y republicano de acuerdo con los contenidos establecidos en la Constitución Nacional. Entre otros, la publicidad de los actos de gobierno, la periodicidad en los cargos electivos, la responsabilidad de los funcionarios públicos, el reconocimiento de los derechos humanos y las técnicas forjadas por el movimiento constitucionalista para evitar la concentración del poder y su ejercicio abusivo.

Los arts. 15 y 16, al prohibir la esclavitud, las prerrogativas de sangre o nacimiento, los fueros personales y títulos nobiliarios, y al establecer el principio de igualdad ante la ley para todos los habitantes del país, proclamaron principios propios de una forma republicana de gobierno.

El art. 22 dispone que el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes. Establece, así, el principio general del

gobierno representativo que admite solamente las dos excepciones incorporadas por la reforma constitucional de 1994, que son las formas semidirectas del derecho de iniciativa y la consulta popular (arts. 39 y 40).

El art. 29 prohíbe concentrar el poder en el órgano ejecutivo del gobierno y en otorgarle facultades extraordinarias que desnaturalizan el esquema de la separación de las funciones gubernamentales propio de una república.

El art. 33 dispone que las declaraciones, derechos y garantías citadas en la Constitución no importan la negación de otras no enunciadas pero que integran la forma republicana de gobierno.

En el art. 36, incorporado con la reforma constitucional de 1994, se alude al sistema democrático que deberá regir en el país y, en el art. 38 de igual origen, se reitera la vigencia de ese sistema y su inserción en la organización interna de los partidos políticos.

Si nos adecuamos a la terminología política imperante en la actualidad, no cabe duda que la forma de gobierno adoptada por la Constitución se traduce en un sistema político democrático o, en todo caso, para distinguirlo de las democracias populistas o autoritarias, en un sistema democrático constitucional. Sin embargo, los constituyentes de 1853/60 se abstuvieron de insertar la palabra democracia en el texto constitucional.

El vocablo democracia, de origen griego, significa autoridad o poder del pueblo. Primariamente, define una forma directa de ejercer el poder, o una forma representativa donde los gobernantes son designados por la mayoría del pueblo. Pero se ha destacado que, en su acepción originaria, no solamente se refería a una forma de gobierno sino también a un estilo de vida. Así, Tucídides en su *"Historia de la guerra del Peloponeso"*, al transcribir un discurso pronunciado por Pericles en Atenas, destaca que la democracia fue descrita como el gobierno de la mayoría que rige en una polis donde la conducta de sus miembros está inspirada por la virtud, la bondad, la templanza y el afán por tutelar los bienes comunes como si se tratara de los propios (344).

Sin embargo, tanto en el pensamiento de Platón como de Aristóteles y de la generalidad de los pensadores políticos posteriores, la democracia era fundamentalmente una forma de gobierno y no un estilo de vida como el descrito por Pericles o la Ciencia Política contemporánea.

---

(344) MARIO JUSTO LÓPEZ, *Introducción a los Estudios Políticos*, t. II, p. 148, ob. cit.

Para Platón, era el gobierno de todos o de la mayoría en la cual prevalece el amor por el placer y la libertad individual que desembocan en el libertinaje como antesala que conduce al gobierno tiránico de un audaz.

Aristóteles, por su parte, ubicaba a la democracia entre las formas impuras de gobierno donde, el ejercicio del poder, no apunta al interés general sino a la satisfacción de los intereses personales de los gobernantes.

Esta consideración disvaliosa de la democracia también aparece expuesta en las obras de Santo Tomás de Aquino, Montesquieu y Rousseau.

La descalificación comparativa de la democracia como forma de gobierno perduró en el siglo XIX, aunque no de manera uniforme. Tanto en el pensamiento de Alexis de Tocqueville como de John Stuart Mill, fueron rescatadas sus bondades cuando, además de hacer referencia al gobierno representativo de la mayoría, se añadió como elemento fundamental un particular estilo de vida que combina la vigencia de la libertad individual y la dignidad del ser humano. Similar concepción aparece reflejada en el capítulo XII del Dogma Socialista. En cambio, Juan Bautista Alberdi incluía a la democracia entre las formas inestables de gobierno.

La calificación negativa asignada tradicionalmente al concepto de democracia explica la razón que impulsó a los constituyentes de 1853 para no incluir ese vocablo en la Ley Fundamental. Pero las características expresas e implícitas que le atribuyeron al gobierno representativo y republicano, junto al amplio reconocimiento de los derechos y garantías individuales, que en definitiva conjugan un estilo de vida y una forma de gobierno, equivalen a la concepción moderna que la doctrina constitucional y la Ciencia Política le atribuyen a un sistema democrático constitucional.

#### 140. GOBIERNO REPRESENTATIVO

El art. 1º de la Constitución establece que la forma de gobierno adoptada es la representativa. El art. 22 añade que el pueblo no gobierna ni delibera políticamente por sí mismo, sino a través de sus representantes y autoridades creadas por la Ley Fundamental.

Quienes asumen esa representación y ejercen los cargos gubernamentales son aquellas personas que, como consecuencia de un acto electoral, ya sea en forma directa o indirecta, resultan nominadas por la ciudadanía. Tal es, por otra parte, lo que describe el Preámbu-



lo de la Constitución con respecto a la representación y mandato conferidas a los convencionales constituyentes que sancionaron la Ley Fundamental de 1853/60, con la salvedad referente a su designación por las provincias.

El Gobierno Nacional está integrado por tres órganos cuyos miembros son elegidos, reciben un mandato y ejercen una representación.

Los diputados, que conforman una de las cámaras del Congreso, son elegidos en forma directa por el cuerpo electoral compuesto por todos aquellos ciudadanos que ejecutan positivamente el acto político del voto (art. 45). Los senadores, que forman la restante cámara del Congreso, también son elegidos de manera directa en cada provincia y la ciudad de Buenos Aires (art. 54).

Similar mecanismo se aplica para elegir directamente al titular del órgano ejecutivo mediante la función del sufragio que aplica el cuerpo electoral (art. 94).

En cuanto a los magistrados judiciales, que integran el órgano judicial del gobierno, su elección es indirecta ya que la concretan el Presidente de la República con acuerdo del Senado (art. 99, inc. 4º), ejerciendo la representación que les confirió la ciudadanía. De modo que, también los jueces, son elegidos en última instancia por los ciudadanos quienes les confieren un mandato político para ejercer la función jurisdiccional del gobierno en su representación.

Estos órganos son, en principio y con las excepciones contempladas por los arts. 39 y 40 de la Ley Fundamental, los únicos que ejercen la función gubernamental sin participación directa de los ciudadanos en la formulación de la voluntad estatal. De manera que los gobernantes son elegidos por los ciudadanos integrando el cuerpo electoral, gobiernan en nombre de ellos sobre la base de la representación que les fue conferida y son responsables políticamente ante el conjunto de los ciudadanos por sus actos de gobierno.

La representación política, aplicada por los constituyentes norteamericanos en 1787 y sistematizada doctrinariamente por el pensamiento del Abate Sieyès expuesto en la Constitución francesa de 1791, configura una técnica gestada por el movimiento constitucionalista. Conforme a ella, los gobernantes elegidos por la ciudadanía, ya sea de manera directa o indirecta, son los representantes de toda la sociedad y no solamente, a título individual, de aquellas personas que, mediante el voto, contribuyeron a su designación.

El fenómeno de la representación es de naturaleza política y no jurídica. El mandato de un gobernante no es el que regula la legisla-

ción en el ámbito de las relaciones privadas. Por ende el gobernante representa a toda la sociedad, debiendo ejercer su mandato político para satisfacer plenamente los intereses generales o el bien común, con prescindencia de los intereses particulares de las personas o grupos sociales que propiciaron su candidatura o participaron con los votos a su elección.

Constituye un grave error confundir la representación política y el mandato político con la representación jurídica y el mandato previsto por el derecho privado. Esa confusión puede conducir a sostener que los ciudadanos no participan en el gobierno (345), cuando en realidad lo hacen por intermedio de sus mandatarios políticos, o afirmar que la representación es una ficción y que el pueblo no gobierna (346), cuando en rigor lo hace a través de los representantes que elige. Representantes que, como tales, deben tener la percepción suficiente para visualizar cuáles son los intereses generales, y cuáles son los instrumentos idóneos para concretar la satisfacción de los mismos. En cierto modo, cabe afirmar que la representación política establecida por la Constitución tiene un fundamento sociológico y no jurídico, emanado de una aplicación analógica y extensiva de las instituciones reguladas por el derecho privado (347).

Por tal razón, si bien el art. 38 de la Constitución le confiere a los partidos políticos un relativo monopolio en la selección de los candidatos para ejercer cargos gubernamentales, no existe una relación constitucional de representación y mandato entre el partido político y su candidato que resulte elegido por el cuerpo electoral. Como corolario, el gobernante electo se debe al bienestar de los ciudadanos en general y no al del partido político que postuló su candidatura.

Sin embargo, también es cierto que, en la medida que se apliquen sistemas electorales de carácter cerrado que impiden a los votantes expresar sus preferencias por los candidatos de diversos partidos políticos o por candidatos independientes, la continuidad de la carrera política de un hombre público estará condicionada, en mayor o menor grado, al estricto cumplimiento de la disciplina e instrucciones que formulen los partidos políticos o su jefatura. En tal caso, el deber de lealtad de quien aspira a proseguir con su carrera política, se concreta con mayor intensidad frente al partido político

---

(345) NÉSTOR P. SAGÜÉS, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I, p. 261, ob. cit.

(346) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. I, p. 429, Ediar, Buenos Aires 1996.

(347) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VIII, p. 50, ob. cit.

al cual está afiliado que con los ciudadanos, hayan o no contribuido a su elección.

El mandato representativo que establece la Constitución es libre y no imperativo. Esa libertad le otorga al gobernante, mientras dure su mandato, absoluta independencia ante los electores y agrupaciones políticas. Determina, asimismo, que la pertenencia del cargo de legislador, titular del órgano ejecutivo o de juez, corresponde a la persona elegida y no a los partidos políticos o personas que contribuyeron a su elección.

Con la técnica del gobierno representativo, y ante la imposibilidad de forjar un gobierno eficiente mediante la democracia directa, los constituyentes prohibieron el gobierno de la multitud reduciendo la composición del elenco gubernamental con las personas que el cuerpo electoral considere más idóneas para integrar los órganos que ejercen el poder.

#### 141. FORMAS SEMIDIRECTAS DE DEMOCRACIA

Las formas semidirectas de democracia, son mecanismos complementarios en un sistema representativo de gobierno, como el que prevé el art. 1º de la Constitución, que le asignan al pueblo una participación inmediata en la formulación de ciertos actos gubernamentales y en la determinación de la voluntad del Estado.

Se tratan de técnicas con las cuales se requiere la intervención del pueblo, representado a su vez por el cuerpo electoral, para que mediante el ejercicio del sufragio adopte decisiones gubernamentales sobre actos políticos, constituyentes, legislativos, administrativos o de índole judicial que, normalmente, deben emanar de los órganos ordinarios o extraordinarios de un gobierno representativo.

Estos procedimientos, de raíz parlamentaria, están regulados en varias Constituciones europeas y americanas, habiendo sido incorporados también por algunos sistemas presidencialistas.

Los contenidos y características de las formas semidirectas son amplios y variables. Las más conocidas son el plebiscito, el referéndum o consulta popular, la iniciativa y la revocatoria.

El plebiscito consiste en el pronunciamiento que emite el pueblo sobre la viabilidad de ciertos actos políticos fundamentales para la organización del gobierno o del Estado. En su contenido predomina el aspecto político sobre el jurídico. Son actos plebiscitarios la ratificación de un golpe de estado o revolución, la concentración del po-

der en una persona, la determinación de la forma de gobierno que debe ser impuesta en un Estado, el juzgamiento de la conducta política de un gobernante o figura pública, la anexión de un Estado, el pronunciamiento de los habitantes de una región sobre el Estado al cual ella debe ser incorporada.

El referéndum o consulta popular es la potestad conferida al pueblo para ratificar o rechazar actos o proyectos de actos del gobierno. Puede recaer sobre actos constituyentes, legislativos, ejecutivos y judiciales. La convocatoria y decisión correspondiente puede tener carácter obligatorio o no vinculante. En el primer caso, la decisión adoptada por la mayoría del cuerpo electoral produce los efectos de un acto del gobierno mientras que, en el segundo caso, puede ser desechada por el gobierno configurando una especie de encuesta popular. También puede ser anterior o posterior a un acto de gobierno. Es anterior cuando tiene por objeto la sanción de un acto gubernamental, y es posterior cuando responde al propósito de ratificar un acto de gobierno.

La iniciativa es la facultad otorgada a un determinado número de ciudadanos para imponer la aplicación del referéndum o el tratamiento de un proyecto de acto constituyente, legislativo, ejecutivo y judicial, por los órganos competentes del gobierno. Se puede propiciar el tratamiento de un proyecto de acto ya elaborado, o de un proyecto en abstracto cuyo contenido será formulado por el gobierno pudiendo, o no, ser sometido a un referéndum a los fines de su validez.

La revocatoria es el derecho político reconocido al pueblo para decidir, por votación popular mayoritaria, la destitución de un gobernante o la abrogación de un acto de gobierno, cualquiera sea su naturaleza (348).

Son varias las bondades teóricas y los defectos prácticos que presentan estos mecanismos, en especial el plebiscito. Su inserción en las constituciones europeas sancionadas después de la Primera Guerra Mundial respondieron al propósito teorizante de consolidar las nuevas democracias mediante una intervención más activa y directa del cuerpo electoral. Sin embargo, no se le asignó la debida importancia a las experiencias resultantes de los plebiscitos constitucionales impuestos en Francia por Napoleón I (1799, 1802 y 1804) y por Napoleón III (1851, 1852 y 1870).

El excesivo optimismo, o la ingenuidad de sus autores —a quienes Niceto Alcalá Zamora imputó el vicio de haber sido más cultos

---

(348) Está regulada por el Estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *Supra* 137.

que sabios y más sabios que prudentes—les impidió prever las funestas consecuencias de tal mecanismo, que fue herramienta decisiva para el surgimiento de regímenes totalitarios en varios países europeos, algunos de los cuales condujeron a la humanidad a una de las etapas más nefastas de su historia.

Fueron elecciones plebiscitarias las que concedieron un poder absoluto a Mussolini en Italia (1922) y a Hitler en Alemania (1932 y 1933). El plebiscito constitucional de 1933 consolidó el autoritarismo de Oliveira Zalazar en Portugal. Las elecciones plebiscitarias y fraudulentas realizadas en Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia y Rumania avalaron la instalación de las autocracias comunistas impuestas por la entonces Unión Soviética. También, por ley del 22 de octubre de 1945, el franquismo introdujo esa técnica en España.

Estos resultados determinaron que, en las Constituciones europeas posteriores a 1945 que implantaron sistemas democrático constitucionales, fueran limitadas considerablemente las técnicas de democracia semidirecta.

Los constituyentes argentinos de 1853/60 tenían pleno conocimiento sobre las formas semidirectas de democracia. Muchos de ellos las habían padecido en carne propia, con motivo del plebiscito consultivo de 1835 que confirmó la concesión, a Juan Manuel de Rosas, de la suma del poder público. En esa especie de consulta popular votaron 9326 vecinos, de los cuales solamente 4 se pronunciaron contra el otorgamiento de tales potestades: Juan Bosch, Juan Escobar, Gervasio Espinosa y Jacinto Rodríguez Peña.

Seguramente esa experiencia, y sus secuelas dolorosas para una vida en libertad, impulsaron a los constituyentes de 1853/60 a descalificar las formas semidirectas de democracia, estableciendo una forma de gobierno republicana y representativa (art. 11 C.N.), y disponiendo categóricamente que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución (art. 22 C.N.).

Los convencionales de 1994, apartándose de estos antecedentes nacionales e internacionales, optaron por seguir el temperamento prudente adoptado por algunas constituciones parlamentarias europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, e incorporaron, en los arts. 39 y 40 de la Ley Fundamental, el derecho de iniciativa y la consulta popular.

El artículo 39 establece:

*“Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses.*

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa.

*No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal”.*

Por su parte, el artículo 40 de la Constitución dispone:

*“El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática.*

El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio.

*El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular”.*

Uno de los factores que, probablemente, gravitó sobre la incorporación de fórmulas semidirectas en la Constitución, fue la consulta popular no vinculante ni obligatoria dispuesta por el Decreto 2972 de 1984 (349). En esa oportunidad, el Poder Ejecutivo Nacional convocó a la ciudadanía para que emitiera su opinión sobre el acuerdo concertado con el gobierno de Chile para resolver el conflicto de límites suscitado en la zona del Canal de Beagle. La mayoría de los votantes ratificó la actuación del Poder Ejecutivo, que en su propaganda anunciaba una opción entre la paz que representaba la aceptación del acuerdo y la guerra que acarrearía su rechazo. Constituyó un elemento de presión decisivo que impulsó al Congreso para convalidar legislativamente aquel acuerdo.

El carácter facultativo y no vinculante de esa consulta, que en rigor fue una encuesta oficial, determinó que algunos autores consideraran que ella no vulneraba la forma representativa de gobierno establecida por los arts. 1º y 22 de la Ley Fundamental (350), sin per-

---

(349) HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE, *La democracia representativa y la democracia directa o semidirecta. La iniciativa popular y la consulta popular*, p. 15, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires 1997.

(350) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VIII, p. 171, ob. cit.

juicio de resaltar su inviabilidad constitucional para el supuesto que hubiera sido obligatoria y vinculante. También eran consideradas inconstitucionales las formas de democracia semidirecta incorporadas por algunas Constituciones provinciales, por apartarse del art. 5º de la Ley Fundamental, aunque sin extender esa descalificación cuando eran aplicadas a nivel municipal.

Es importante señalar que las formas de democracia semidirecta incorporadas en los arts. 39 y 40 de la Constitución no alteran el principio general del gobierno representativo establecido por sus arts. 1º y 22. Son excepciones constitucionales al gobierno representativo que como tales, son de interpretación restrictiva. Por ende, en caso de duda sobre la viabilidad constitucional de la iniciativa o consulta popular en un caso determinado, la solución debe ser contraria a su aplicación preservando la regla general del gobierno representativo.

Cabe destacar que, a doce años de la reforma constitucional, nunca fueron aplicadas estas formas de democracia semidirecta.

## 142. DERECHO DE INICIATIVA

El art. 39 de la Constitución reconoce a los ciudadanos el ejercicio del derecho de iniciativa sujeto a las condiciones siguientes:

- 1) Solamente puede consistir en la presentación de proyectos de leyes.
- 2) Tales proyectos deben ser presentados únicamente ante la cámara de Diputados que actuará, necesariamente, como cámara de origen.
- 3) Los proyectos de leyes generados por la iniciativa popular no pueden versar sobre temas atinentes a la reforma constitucional, los tratados internacionales, a los tributos, al presupuesto y a la materia penal.
- 4) Consideramos que tampoco pueden ser objeto del derecho de iniciativa aquellos proyectos de leyes que solamente pueden ser aprobados por mayorías especiales fijadas por la Constitución, así como tampoco aquellos proyectos para los cuales la cámara de origen es el Senado. Tales serían, entre otras hipótesis, la ley reglamentaria de la Auditoría General de la Nación (art. 85), la ley especial que regula los alcances y el trámite de la intervención del Congreso cuando el Presidente de la Nación dicta decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º) y la ley especial que regula el Consejo de la

Magistratura (art. 114). En todos estos casos la Constitución exige que los proyectos de leyes sean aprobados por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara del Congreso. Otro tanto acontece con la aprobación de la ley convenio prevista en el art. 75, inc. 2º, párrafo cuarto, de la Constitución, no solamente porque se exige una mayoría igual a la de los casos anteriores, sino también porque el Senado es la cámara de origen. De todas maneras, consideramos que las leyes convenio recaen sobre una materia impositiva, de las expresamente previstas en el art. 39 de la Ley Fundamental, que vedan la aplicación del derecho de iniciativa popular.

- 5) La inviabilidad de tratar proyectos de leyes sobre reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, el presupuesto y la materia penal, determina la exclusión de aquellas propuestas que contengan, de manera tangencial o secundaria, referencias sobre aquellas materias.
- 6) La presentación de proyectos de leyes que, de manera general o tangencial, versen sobre materias vedadas por la Constitución, ya sea en forma expresa o implícita, no impide que la Cámara de Diputados, o la propia Cámara de Senadores, adopten como propia la sugerencia formulada por los ciudadanos y le asignen trámite legislativo. Sin embargo, en tal caso los ciudadanos no habrán ejercido el derecho de iniciativa, sino el derecho de peticionar a las autoridades previsto por el art. 14 de la Constitución.
- 7) Para el ejercicio del derecho de iniciativa es indispensable la sanción de una ley reglamentaria, ya que la cláusula del art. 39 no es operativa. Esa ley, y toda modificación que se le introduzca, deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros que componen cada una de las cámaras del Congreso. No será suficiente la mayoría de los miembros presentes, aunque se cumpla con el quórum del artículo 64, si ella no coincide con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.
- 8) La ley reglamentaria del derecho de iniciativa no puede exigir, para que sea vinculante el ejercicio de este último, un apoyo explícito mayor del 3% del padrón electoral nacional. Esto impone el deber de mantener actualizado el padrón electoral o, al menos, de establecer lapsos regulares y breves a los fines de su actualización.
- 9) La ley reglamentaria debe contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. Esto significa que



esa ley puede obviar un porcentaje global del padrón nacional y tornar viable el ejercicio del derecho de iniciativa sobre la base de la obtención de ese porcentaje en algunos distritos. Pero si en un solo distrito se llegara a obtener el porcentaje mínimo del padrón nacional que establezca la ley reglamentaria, el ejercicio del derecho de iniciativa será vinculante para la Cámara de Diputados aunque, en los restantes distritos, las adhesiones sean ínfimas o carentes de significación.

- 10) Ejercido el derecho de iniciativa dando cumplimiento a las condiciones establecidas por la ley reglamentaria, la Cámara de Diputados debe dar curso al tratamiento del proyecto conforme a su reglamento interno y dentro del plazo de doce meses.
- 11) La obligación de suministrar un tratamiento expreso al proyecto generado por la iniciativa no significa que el Congreso tenga el deber de sancionarlo con fuerza de ley. Si es rechazado en su totalidad por la Cámara de Diputados, o por la Cámara de Senadores previa aprobación por la primera, quedará agotado su tratamiento (art. 81 C.N.). Además, tanto la Cámara de Diputados como la de Senadores pueden introducir modificaciones al texto del proyecto presentado por la iniciativa. Es que, si pueden rechazarlo en su totalidad, no habrá reparos para que lo hagan en forma parcial insertando nuevas disposiciones en sustitución de las que fueron objetadas.
- 12) El proyecto de ley originado en la iniciativa y aprobado por ambas cámaras del Congreso, puede ser objeto de veto total o parcial por el Poder Ejecutivo. En tal caso, se aplicará el procedimiento previsto por el art. 83 de la Constitución.

### 143. REGLAMENTACIÓN DEL DERECHO DE INICIATIVA

La ley 24.747, publicada el 24 de diciembre de 1996, reglamentó el ejercicio del derecho de iniciativa.

Establece que la iniciativa requiere la firma de un número de ciudadanos no inferior al 1,5% del padrón electoral utilizado en la última elección de diputados nacionales y que representen, por lo menos, a seis distritos electorales. Asimismo, si la iniciativa es de interés regional, ese 1,5% se determinará sobre la base del padrón electoral que corresponda únicamente a las provincias que integren esa región. En este caso, no se requerirá la representación de seis distritos (art. 4º).

Como la ley no determina la integración de las regiones ni el criterio que procede emplear para su composición, corresponderá al Congreso decidir sobre la cuestión en cada caso concreto.

La iniciativa debe contener la petición redactada en forma de ley; una exposición de motivos; nombre y domicilio de los promotores de la iniciativa; detalle del origen de los recursos consumidos por los gastos realizados para formular la iniciativa; nombres, documentos, domicilios y firmas de los peticionarios (art. 5º).

Las planillas de recolección de firmas para promover la iniciativa deben contener un resumen impreso del proyecto de ley y la individualización de los promotores de la iniciativa. Ese resumen debe ser presentado al Defensor del Pueblo al menos diez días antes de su circulación y recolección de firmas (art. 6º).

La ley no prevé el curso de acción para el supuesto que el Defensor del Pueblo formule objeciones al resumen por entender que es insuficiente, carente de claridad o confuso. Entendemos que si las observaciones del Defensor del Pueblo no son satisfechas por los promotores, no se podrá proseguir con el proceso de la iniciativa. Sin embargo, si los promotores consideran que esas observaciones son improcedentes o irrazonables, podrán acudir a la vía judicial en salvaguarda de su derecho político.

Antes de ingresar el proyecto a la Cámara de Diputados, deberá ser presentado a la justicia nacional electoral para verificar la existencia y autenticidad de la firma de los peticionarios. A tal fin, dentro de un plazo de 20 días, que puede ser prorrogado por un lapso similar, el tribunal electoral efectuará esa verificación sobre la base de una muestra que no podrá ser inferior al 0,5% de las firmas presentadas. El juez puede ampliar la muestra, y es conveniente que así lo haga, si se constatan firmas adulteradas o el nombre de peticionarios inexistentes. De todas maneras, el proyecto objeto de la iniciativa será desestimado por la justicia electoral si se constatan aquellas irregularidades al menos en un 5% de la nómina de los peticionarios. En todos los casos, verificada la irregularidad, se procederá a deducir del número de los peticionarios para la determinación del porcentaje exigido por el art. 4º de la ley (art. 7º).

Presentada la iniciativa en la Cámara de Diputados, será remitida a su Comisión de Asuntos Constitucionales para que, en el plazo de 20 días hábiles, dictamine sobre la admisibilidad formal de la iniciativa. Las observaciones formales que realice esa Comisión deben ser corregidas o subsanadas por los promotores para dar curso a la iniciativa (art. 8º).

Si bien el art. 9º de la ley dispone que el rechazo efectuado por la Comisión de Asuntos Constitucionales no admite recurso alguno, consideramos que los promotores pueden recurrir a la vía judicial acreditando la inexistencia, arbitrariedad o ilegalidad de las observaciones formales formuladas por la Comisión.

Admitido formalmente el proyecto de ley, que no puede versar sobre las materias vedadas por el art. 39 de la Constitución, y previo paso por la Comisión de Labor Parlamentaria que organiza las tareas internas de la Cámara de Diputados, el proyecto podrá ser remitido a sus comisiones competentes por razón de la materia para que se expidan sobre su contenido en el plazo de 15 días. Los promotores están facultados para participar en las reuniones de las comisiones, a fin de fundamentar la petición o brindar las explicaciones que les requieran los legisladores aunque, claro está, no intervienen en las votaciones internas (arts. 5º y 10).

Vencido el plazo de 15 días, y aunque no existan dictámenes de las comisiones, corresponderá el tratamiento del proyecto por la Cámara de Diputados dentro del plazo de 12 meses (art. 11). Aprobado el proyecto por la Cámara de Diputados, el Senado se deberá expedir sobre el mismo y, de ser aprobado, quedará sancionada la ley si la promulga el Poder Ejecutivo.

La ley no prevé cuáles son las consecuencias que acarrea la falta de tratamiento del proyecto. Entendemos que esa actitud debe ser interpretada como un rechazo al proyecto sin que sea viable acudir al órgano judicial para que obligue a las cámaras del Congreso a emitir un pronunciamiento expreso. Se trataría de una cuestión política insusceptible de control judicial.

El art. 12 de la ley prohíbe que el financiamiento de los proyectos de leyes por iniciativa popular se realice mediante contribuciones anónimas, con excepción de las colectas populares y siempre que el aporte que realice una persona no supere los cincuenta pesos. También prohíbe los aportes de entidades autárquicas o descentralizadas, sociedades anónimas con participación estatal, empresas concesionarias de servicios u obras públicas o de empresas que exploten juegos de azar; aportes de gobiernos extranjeros o de entidades extranjeras que tengan fines de lucro; contribuciones nominadas que superen los treinta mil pesos; y contribuciones provenientes de asociaciones sindicales, patronales o profesionales (art. 12).

Conforme al art. 39 de la Ley Fundamental, la eventual sustitución o modificación de la ley Nº 24.747 solamente podrá ser concretada por decisión de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada una de las cámaras del Congreso.

La ley sancionada como consecuencia del ejercicio del derecho de iniciativa, puede ser modificada o derogada en cualquier momento por el Congreso y está sujeta al control jurisdiccional de constitucionalidad.

#### 144. CONSULTA POPULAR

El derecho a la iniciativa y la consulta popular son el anverso y reverso de una forma única de democracia semidirecta. La iniciativa es la facultad otorgada a un grupo de ciudadanos para requerir la producción de un acto gubernamental. En cambio, la consulta popular es la facultad otorgada al gobierno para requerir a los ciudadanos que produzcan un acto gubernamental o emitan su opinión sobre un proyecto o acto del gobierno.

El art. 40 de la Constitución prevé dos tipos de consulta popular: la vinculante, que solo puede versar sobre materias legislativas, y la no vinculante que puede recaer sobre materias de competencia del Congreso o del Poder Ejecutivo.

En ambos casos se impone necesariamente la convocatoria del cuerpo electoral para que los ciudadanos formulen su voto de aprobación o rechazo sobre el tema que les somete a su consideración el gobierno.

La consulta popular vinculante u obligatoria presenta las siguientes características constitucionales:

- 1) Sólo puede ser convocada por ley del Congreso a iniciativa de la Cámara de Diputados. Teniendo en cuenta el carácter excepcional de las formas de democracia semidirecta en nuestro sistema representativo y la interpretación restrictiva en orden a la extensión de tales formas, entendemos que la convocatoria no puede ser efectuada por el Poder Ejecutivo mediante la emisión de un decreto de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º, Constitución Nacional), ni como consecuencia de una delegación legislativa (art. 76, Constitución Nacional).
- 2) Necesariamente debe versar sobre un proyecto de ley que pueda tener origen en cualquiera de las cámaras del Congreso. No hay reparos para que la convocatoria se realice sobre un proyecto que ya tiene trámite congresual. Asimismo, aunque un proyecto de ley esté sujeto a la consideración y debate de la Cámara de Senadores del Congreso, la Cámara de Diputados puede promover la sanción de la ley de convocatoria a consulta popular sobre el contenido de aquel proyecto.

- 3) Tanto la ley de convocatoria a una consulta popular vinculante como la sanción de la ley por el voto afirmativo de los ciudadanos, no pueden ser vetadas por el Poder Ejecutivo. El art. 40 lo establece expresamente para la ley de convocatoria, pero entendemos que el principio es extensible a la aprobación de la ley por el pueblo porque, el mismo art. 40 dispone que la sola aprobación del proyecto lo convierte en ley y que su promulgación será automática.
- 4) En la consulta popular vinculante, el voto es obligatorio para los ciudadanos con las características contempladas en el art. 37 de la Constitución.
- 5) La cláusula constitucional que establece la consulta popular vinculante no es operativa. La aplicación de esta forma semidirecta de democracia está condicionada a la previa sanción de una ley reglamentaria, que deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada una de las cámaras del Congreso. En esa ley serán previstas las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.
- 6) Al margen de lo que disponga la ley reglamentaria, entendemos que la consulta popular no puede ser aplicada en materia de reforma constitucional, de tratados internacionales, tributos, presupuesto y en materia penal. Son los temas que el art. 39 de la Ley Fundamental excluye para el ejercicio del derecho de iniciativa. A ellos se agregan todas aquellas materias cuya regulación legislativa requiere de mayorías especiales, y aquellas respecto de las cuales el Senado debe actuar como cámara de origen por mandato constitucional. Si bien, como consecuencia de una interpretación literal, el texto del art. 40 de la Constitución es permisivo, de una interpretación sistemática de la Ley Fundamental y restrictiva de las formas semidirectas de democracia, resulta la imposibilidad de incluir en el temario de una consulta popular aquellas cuestiones que, de manera expresa o implícita, no pueden ser objeto del derecho de iniciativa (351).

En cuanto a las características de la consulta popular no vinculante, son las siguientes:

- 1) Solamente puede ser convocada por ley del Congreso o decreto del Poder Ejecutivo.

---

(351) HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE, *La democracia representativa y la democracia directa o semidirecta. La iniciativa popular y la consulta popular*, p. 27, ob. cit.

- 2) Necesariamente debe versar sobre materias que son de competencia constitucional del órgano convocante. El Presidente de la Nación no puede requerir una consulta popular sobre temas que son de competencia del Congreso o del Poder Judicial, ni el Congreso puede realizar la convocatoria para que la ciudadanía se expida sobre temas cuyo tratamiento la Constitución reserva a los órganos ejecutivo o judicial.
- 3) La ley de convocatoria a una consulta popular no vinculante sobre materias de competencia del órgano legislativo no puede ser vetada por el Poder Ejecutivo.
- 4) En la consulta popular no vinculante, el voto no es obligatorio. Tampoco la decisión que adopte la ciudadanía es jurídicamente obligatoria para el órgano convocante.
- 5) Consideramos que, a falta de ley reglamentaria, si bien no es viable la convocatoria a una consulta popular vinculante, no acontece lo propio con la consulta carente de obligatoriedad. La cláusula constitucional que prevé este tipo de consulta es operativa.
- 6) La consulta popular no vinculante dispuesta por el Congreso solamente puede tener por objeto aquellas materias sobre las cuales se puede convocar a una consulta obligatoria.
- 7) La consulta popular no vinculante es una especie de encuesta oficial con la cual se recaba la opinión de la ciudadanía. Esa opinión, si bien carece de relevancia jurídica, fundamenta la legitimidad política del acto gubernamental que, eventualmente, la adopte mediante una ley o decreto según se trate del Congreso o del Poder Ejecutivo.

#### 145. REGLAMENTACIÓN DE LA CONSULTA POPULAR

La ley 25.432, sancionada el 23 de mayo de 2001, reglamentó la consulta popular.

Con respecto a la consulta popular vinculante establece que, por iniciativa de la Cámara de Diputados, el Congreso nacional puede someter a consulta todo proyecto de ley con excepción de aquellos que, conforme a la Ley Fundamental, requieran la intervención específica de una cámara de origen, o cuya sanción imponga la expresión de una mayoría calificada (art. 1º).

La ley de convocatoria debe ser tratada en una sesión especial y aprobada con el voto de la mayoría absoluta de los miembros pre-

sententes de cada una de las cámaras (art. 2º). Convocada la ciudadanía a una consulta popular vinculante, el voto es obligatorio (art. 3º).

La validez de la consulta popular queda supeditada a que emitan su voto no menos del 35% de los ciudadanos inscriptos en el padrón electoral (art. 4º). Consideramos que, si no se alcanza ese porcentaje, la convocatoria a una nueva consulta popular sobre el mismo tema requerirá la decisión en tal sentido del Congreso conforme al art. 2º de la ley.

Si el proyecto sometido a consulta popular vinculante obtiene la mayoría de los votos válidos afirmativos, se convierte automáticamente en ley, debiendo ser publicado en el Boletín Oficial dentro de los diez días hábiles posteriores a la aprobación del comicio por la autoridad electoral (art. 5º).

Si el proyecto obtiene un resultado negativo, no podrá ser tratado por el Congreso sino después de haber transcurrido dos años desde la realización de la consulta. Tampoco, durante ese lapso, se podrá repetir la consulta (art. 5º).

La consulta popular no vinculante puede recaer sobre cualquier asunto de interés general, con excepción de aquellos para los cuales la ley, en su art. 1º, no permite la consulta popular vinculante. En este caso, el voto de la ciudadanía no es obligatorio (art. 6º).

La convocatoria realizada por el Poder Ejecutivo se debe efectuar mediante un decreto decidido en acuerdo general de ministros y refrendado por todos ellos (art. 7º). Consideramos que la falta de refrendo por algún ministro priva de validez al decreto.

La convocatoria realizada por el Congreso puede ser requerida por cualquiera de las cámaras, previa aprobación por el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada una de ellas (art. 7º).

Si un proyecto de ley sometido a consulta popular no vinculante obtiene el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los votos válidos emitidos, deberá ser tratado por el Congreso, quedando incorporado el plan de labor parlamentaria de la Cámara de Diputados de la sesión siguiente a la fecha de ser proclamado el resultado del comicio por la autoridad electoral (art. 8º).

Tanto en la consulta popular vinculante, como en la no vinculante, la ley o decreto de convocatoria debe contener el texto completo del proyecto de ley o decisión política objeto de la consulta, detallando con precisión las preguntas que contestará el cuerpo electoral, de modo tal que las respuestas no admitan otra alternativa que un pronunciamiento afirmativo o negativo (art. 9º).

La consulta popular se debe efectuar en un plazo no inferior a 60 días y no superior a 120 días corridos desde la fecha de publicación de la ley o el decreto de convocatoria en el Boletín Oficial (art. 12), y el día para la realización de la consulta no podrá coincidir con otro acto electoral (art. 14).

La ley prevé que los temas sometidos a la consulta popular deben tener una difusión clara y objetiva en los medios de prensa gráficos, radiales y televisivos. Asimismo, los partidos políticos quedan facultados para realizar campañas de propaganda exponiendo sus posturas respecto del tema objeto de la consulta, a través de la concesión de espacios gratuitos en los medios de comunicación conforme a las normas que regulan esa concesión con motivo de las elecciones nacionales. Hasta el presente no tuvieron aplicación los mecanismos previstos en el art. 40 de la Constitución.

#### 146. LAS FORMAS SEMIDIRECTAS Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

¿Es viable aplicar el mecanismo de la consulta popular vinculante para concretar la reforma constitucional al margen del procedimiento previsto por el art. 30 de la Ley Fundamental?

Los arts. 6° y 7° de la Ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional realizada en 1994, establecen categóricamente que son nulas, de nulidad absoluta, todas las modificaciones que se introdujeran en las declaraciones, derechos y garantías contenidas en el actual Capítulo Primero de la Primera Parte de la Constitución, que abarca desde el art. 1° al art. 35. De modo que toda reforma que se hubiera introducido al art. 30, en forma directa o indirecta, carece de validez. Asimismo, toda interpretación que se le pretenda asignar a las nuevas cláusulas constitucionales, y que desemboque en una alteración del significado tradicionalmente atribuido al art. 30, estará desprovista de todo sustento jurídico por superar los límites fijados en la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional.

Es cierto que, con la reforma constitucional de 1994, fueron introducidos los denominados "*nuevos derechos y garantías*", todos los cuales ya estaban, explícita o implícitamente, previstos en la Ley Fundamental. Pero las cláusulas que los regulan, en función de lo dispuesto por la Ley 24.309, además de no alterar el Capítulo Primero de la Primera Parte de la Constitución, no pueden válidamente ser reglamentadas o interpretadas de manera tal que contradigan lo dispuesto imperativamente por la ley declarativa de la necesidad para la reforma constitucional. La subordinación del poder constituyente



derivado —que fue ejercido por la Convención reformadora de 1994— a los principios jurídicos establecidos por la Ley Fundamental para convalidar su reforma, imponen aquella conclusión.

Si se llegara a someter a una consulta popular la decisión de reformar la Constitución, tal procedimiento estaría al margen de las prescripciones del art. 30 de la Constitución, porque el único órgano habilitado para ejercer la función constituyente es una convención integrada por los representantes del pueblo.

La intangibilidad del art. 30 de la Constitución, en el curso del proceso reformista desarrollado en 1994, determina que el único órgano habilitado para ejercer la función constituyente es una convención especialmente convocada a tal efecto e integrada por los representantes del pueblo. Someter a una consulta popular la decisión de reformar a la Ley Fundamental es un procedimiento que conduciría a la usurpación del ejercicio de esa función constituyente y a la invalidez de sus decisiones.

¿Es viable introducir el mecanismo de la consulta popular vinculante para el ejercicio de la función preconstituyente contemplada en el art. 30, sustituyendo o complementando el rol asignado al Congreso?

La respuesta a este interrogante quizás no resulte tan sencilla como en el caso anterior. Sin embargo, las dificultades se superan cuando el análisis jurídico se realiza prescindiendo de las opiniones y pasiones políticas que, muchas veces, impiden desarrollar una labor signada por la seriedad y objetividad que deben presidir toda labor científica. Labor esta última que otorga fundamentación racional a la seguridad jurídica.

Antes de la reforma de 1994, las formas semidirectas de democracia estaban excluidas de la Constitución. Ellas eran conocidas por los constituyentes quienes, advirtiendo los riesgos que acarrea su aplicación descontrolada, optaron por no incorporarlas a la Ley Fundamental.

Los constituyentes no cuestionaban la aptitud del pueblo para la adopción de decisiones políticas. Confiaban y se sometían a la voluntad popular con un grado de intensidad quizás superior al de las generaciones que debieron cumplir y reglamentar los preceptos constitucionales. Muestra elocuente es el art. 118 de la Constitución que impone la institución del jurado para los procesos criminales y que, a 153 años de su sanción, todavía no fue reglamentado. Pero consideraron imprudente sustituir, incluso parcialmente, a la democracia representativa con procedimientos de participación directa en la adopción de decisiones legislativas y ejecutivas.

Por tal razón, y para reforzar el significado de la forma representativa de gobierno establecida en el art. 1° de la Constitución, los constituyentes añadieron la cláusula del art. 22 según la cual el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Ley Fundamental.

Los arts. 1° y 22 contienen la regla general que, antes de la reforma constitucional de 1994, no admitía excepciones. Sin embargo, esta última ha introducido, en los arts. 39 y 40, dos procedimientos de democracia semidirecta: el derecho de iniciativa y la consulta popular. Pero no hay una sustitución global del gobierno representativo, sino la inserción de dos excepciones a aquella regla general que, como toda excepción, son de rigurosa interpretación restrictiva. Inclusive, en caso de duda, la solución siempre debe ser proclive a la aplicación de las instituciones del gobierno representativo y no del gobierno directo. Así lo impone una correcta aplicación de las técnicas de interpretación forjadas por la hermenéutica constitucional.

El procedimiento de la consulta popular vinculante presenta cuatro etapas previstas por la Constitución:

1. Existencia de un proyecto de ley que, como tal, sólo puede emanar de los legisladores o del Presidente de la República, o del jefe de gabinete en la hipótesis del art. 100, inc. 6°, de la Constitución.
2. Decisión de la Cámara de Diputados de someter a consulta popular un proyecto de ley.
3. Sanción de una ley convocando la consulta popular, la cual no puede ser vetada por el poder ejecutivo.
4. Emisión del voto por los ciudadanos aceptando o rechazando el proyecto de ley que, en caso de ser aceptado, se convierte en ley sin que pueda ser vetada por el poder ejecutivo.

Las características que la Constitución le atribuye a la consulta popular vinculante, y una interpretación sistemática de su texto, nos conducen a sostener que la norma declarativa sobre la necesidad de la reforma constitucional no puede ser consecuencia de una consulta popular.

El art. 30 de la Constitución dispone que la función preconstituyente la ejerce el Congreso, declarando la necesidad de la reforma por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Es conocido el debate doctrinario suscitado sobre si el ejercicio de la función preconstituyente se materializa mediante una declaración o una ley. Si aceptamos que se trata de una declara-

ción, la consulta popular resulta inviable porque solamente se puede aplicar para sancionar leyes o rechazar proyectos de leyes, quedando excluida del ámbito de expresión de aquellos actos del Congreso que no son leyes.

Igual solución se impone si entendemos que la declaración de necesidad de la reforma constitucional se hace formalmente efectiva mediante la sanción de una ley, tal como aconteció siempre en nuestra práctica constitucional. En efecto, el art. 30 dice expresamente que la necesidad de la reforma debe ser evaluada y resuelta por el Congreso mediante un acto a través del cual se manifieste su voluntad. Si ese acto es una ley, será necesaria su sanción por el voto de los dos tercios de la totalidad de los miembros de cada una de las Cámaras. Habrá una ley sancionada que declare la necesidad de la reforma y no un proyecto de ley para declarar la necesidad de la reforma. Esto excluye a la consulta popular mediante la cual no es procedente ratificar o rectificar una ley, sino solamente un proyecto de ley. En síntesis, en el mecanismo del art. 30 quien sanciona la ley es el Congreso mientras que, en la consulta popular, quien sanciona la ley es el pueblo sobre la base de un proyecto que podría, inclusive, no emanar del Congreso.

La consulta popular recae sobre un simple proyecto de ley que, como tal, no ha sido aprobado por el Congreso. Lo que hace el Congreso por ley es convocar a la consulta popular pero no se expide sobre el contenido del texto del proyecto de ley. En cambio, en la hipótesis del art. 30, la declaración de necesidad de la reforma requiere de una sanción expresa del Congreso que declare esa necesidad y su contenido, y no de la expresión de un simple proyecto de declaración de necesidad de la reforma.

Las formas de democracia semidirecta, tal como fueron incorporadas a la Constitución y con sujeción a una interpretación restrictiva de ellas, sólo son aplicables con motivo del ejercicio de las funciones legislativas ordinarias del Congreso, aunque no de las extraordinarias como la contemplada en el art. 30. Así, el art. 39, con referencia al derecho de iniciativa, dispone que no pueden ser sometidos al mismo los proyectos de leyes referidos a la reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal. Nada dice sobre el particular el art. 40, pero una interpretación sistemática de la Ley Fundamental conduce a extender aquél impedimento a la consulta popular.

Es que el derecho a la iniciativa y la consulta popular son, en cierto modo, el anverso y reverso de una forma única de democracia semidirecta. La iniciativa es la facultad que tiene un grupo de ciuda-

danos para presentar un proyecto de ley a la Cámara de Diputados, debiendo el Congreso darle tratamiento dentro del término de doce meses y resolver si lo sanciona con fuerza de ley. En cambio, la consulta popular es la potestad que tiene el Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, para presentar un proyecto de ley a la ciudadanía, debiendo ella resolver si lo sanciona con fuerza de ley.

No hay motivo razonable para incluir en la consulta popular aquello que constitucionalmente, y de manera expresa, está excluido de las materias sobre las cuales cabe ejercer la iniciativa. De modo que la consulta popular, a igual que la iniciativa, no son viables cuando su ejercicio recae sobre proyectos de leyes referentes a la reforma constitucional; a los tratados internacionales, cualquiera sea su especie; a tributos, presupuesto y materia penal. Otro tanto cuando se trata de materias en las cuales el Senado interviene como cámara de origen, porque esa prerrogativa sería desvirtuada a raíz de la iniciativa asignada a la Cámara de Diputados en los procedimientos de democracia semidirecta de los arts. 39 y 40.

Además, en todos aquellos casos en que la sanción de las leyes está condicionada a una mayoría especial, estimo que no es viable acudir a la iniciativa ni a la consulta popular. Ello como consecuencia de aquella interpretación restrictiva a que deben ser sometidas estas novedosas instituciones constitucionales en función de la cláusula del art. 22 de la Constitución.

## 147. GOBIERNO REPUBLICANO

La forma republicana de gobierno establecida por el art. 1º de la Constitución, en su acepción restrictiva que la distingue de los conceptos de régimen político y sistema político, significa que la titularidad del poder estatal, en orden a su ejercicio, corresponde a la sociedad. Tanto respecto a la función constituyente, la legislativa, la ejecutiva, como la judicial (352). Pero su ejercicio efectivo, por obra de la representación política, corresponde a los diversos órganos del gobierno integrados por mandatarios de esa sociedad frente a la cual son responsables debiendo rendir cuentas de sus actos en forma políticamente institucional (353).

---

(352) JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, p. 270, ob. cit.

(353) ARISTÓBULO DEL VALLE, *Nociones de Derecho Constitucional*, t. II, p. 70, Buenos Aires 1895.

Una interpretación sistemática de la Constitución le asigna al gobierno republicano las características siguientes:

- 1) Quienes integran los órganos del gobierno han sido elegidos, directa o indirectamente, mediante el ejercicio del sufragio por el cuerpo electoral.
- 2) Para evitar la concentración del poder, y su consecuente ejercicio abusivo, el gobierno está compuesto por una pluralidad de órganos, entre los cuales se distribuyen las funciones del poder. Tales órganos son el constituyente, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, quienes actuando en forma independiente, pero coordinada, expresan la voluntad del Estado.
- 3) La pluralidad de órganos se traduce en controles horizontales intraórgano e interórganos. Los primeros se manifiestan dentro de cada órgano del gobierno. Los segundos se traducen en las relaciones que se operan entre los órganos gubernamentales. A los controles horizontales se añaden los verticales que se expresan en las relaciones del gobierno con los factores sociales pluralistas, con órganos gubernamentales municipales, regionales y provinciales, y con el ejercicio por parte de la sociedad de sus libertades y garantías (354).
- 4) La fijación de límites precisos para el ejercicio del poder por parte de los gobernantes (arts. 19 y 28 C.N.), mediante la sanción de una Ley Fundamental y normas reglamentarias que preserven las libertades individuales y los derechos sociales.
- 5) La responsabilidad de los gobernantes ante los ciudadanos por los actos de gobierno que ejecuten. En una república es inadmisibles convalidar la irresponsabilidad de los gobernantes. Es así que, los gobernantes que no ajusten sus conductas a las leyes o a la satisfacción del bien común, quedan sujetos a sanciones constitucionales, legales y políticas. Entre las sanciones constitucionales cabe citar la destitución dispuesta en el curso de un juicio político e, inclusive, la inhabilitación para ocupar en lo sucesivo cargos gubernamentales. También son sanciones constitucionales las establecidas por los arts. 29 y 36 de la Ley Fundamental. Son sanciones legales las de índole penal o civil aplicables a los gobernantes por la comisión, dolosa o culpable, de actos ilícitos en el ejercicio de sus funciones. Son sanciones políticas las de índole moral aplicadas por la sociedad, y que repercuten sobre la futura trayectoria

---

(354) KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 232 y sigte., Ed. Ariel, Barcelona 1964.

política y el honor del gobernante infiel a su mandato político o a los principios que configuran la ética republicana.

- 6) La periodicidad en el ejercicio de las funciones gubernamentales. Quienes han sido elegidos para desempeñar cargos en el gobierno, ejercen sus mandatos por un lapso determinado para posibilitar la movilidad en aquéllos. Los cambios regulares en el elenco de los gobernantes permite la consolidación del sistema republicano y la subsistencia del mismo sin caer en el riesgo de acudir a figuras carismáticas que, usualmente, se perpetúan en el gobierno forjando regímenes autocráticos. En nuestro régimen constitucional, esta limitación no se aplica a los magistrados judiciales (art. 110 C.N.), aunque su fundamento se relaciona con el control sobre los órganos del gobierno que tienen funciones legislativas y ejecutivas.
- 7) La publicidad de los actos de los gobernantes resulta esencial en una república para que sus mandantes puedan conocer qué se realiza en su representación y tener un juicio formado sobre la aptitud e idoneidad de sus mandatarios. Esa publicidad no se limita a los actos de gobierno propiamente dichos, sino también a los actos privados de los gobernantes en la medida que vulneren la ley, los derechos de las personas, el orden público o la moral pública (art. 19 C.N.).
- 8) El debate y análisis público de los actos de los gobernantes a través de los medios técnicos de comunicación social. Es en este aspecto, como en tantos otros de una convivencia democrática, donde resalta el rol importante que tiene la más amplia libertad de expresión del pensamiento, en general, y la libertad de prensa en particular. La prensa, al ser un espejo que refleja la realidad social, se transforma en vehículo imprescindible para el conocimiento de la vida republicana y para el control de los gobernantes.

#### **148. SEPARACIÓN Y CONTROL DE LAS FUNCIONES DEL PODER**

La llamada doctrina de la división de los poderes consiste en distribuir las funciones del poder estatal, a los fines de su ejercicio, entre varios órganos gubernamentales independientes que están relacionados mediante mecanismos de control recíproco.

La realidad política revela que, cuando el ejercicio del poder se concentra, ya sea institucionalmente o de manera dominante, en una persona o un órgano del gobierno, su manifestación es neces-

riamente discrecional. No existen, en tal caso, cauces institucionales para controlar el ejercicio del poder. Los únicos factores de control son extragubernamentales y, su actuación, suele desbordar el orden jurídico provocando, en mayor o menor grado, el debilitamiento o la ruptura del sistema. Asimismo, esa ruptura se limita a desencadenar una sustitución de la persona u órgano que ejerce el poder, lo cual acarrea la consolidación del sistema hasta tanto cobren nuevamente fuerza los factores de control extragubernamentales.

Esa discrecionalidad, con sus vaivenes cíclicos, se traduce en un ejercicio arbitrario y despótico del poder propio de los sistemas transpersonalistas. La libertad y dignidad del ser humano quedan sometidas a la voluntad discrecional del gobernante de turno, sin que existan recursos institucionales para prevenir y remediar los abusos del poder.

Ante esa realidad, la distribución de las funciones del poder entre varios órganos independiente fue uno de los aportes más importantes provenientes del movimiento constitucionalista. Se trata de una técnica que, sin mengua de la eficacia del poder, procura evitar su ejercicio abusivo en salvaguarda de la libertad y dignidad, como objetivo fundamental y único del sistema político personalista.

El precursor de la doctrina de la división de los poderes fue John Locke. En su obra *"Ensayo sobre el gobierno civil"*, clasifica a los poderes que ejerce el gobierno en: legislativo, ejecutivo, federativo y de prerrogativa. El legislativo es el que origina las leyes orgánicas, el ejecutivo las reglamenta y pone en funcionamiento, el federativo es el que conduce las relaciones exteriores, y el de prerrogativa es el poder residual que abarca las funciones no comprendidas en los anteriores. Locke atribuía el ejercicio de los tres primeros poderes al parlamento y el restante al rey. En el esquema de Locke no hay una tipificación del poder judicial que, como tal, quedaba englobado en el poder residual del monarca, aunque recomendaba que el ejercicio de la función jurisdiccional fuera encomendado a jueces.

La obra de Locke fue desarrollada y completada por Montesquieu, quien es presentado como el creador de la doctrina de la división de los poderes. En su libro *"El espíritu de las leyes"*, sobre cuyo contenido influyó el pensamiento de Locke y la estructura del gobierno en Inglaterra, clasifica a los poderes en: legislativo, ejecutivo y judicial. El legislativo tiene a su cargo la sanción de las leyes, el ejecutivo la conducción de las relaciones exteriores y asegurar el orden público conforme a las leyes, el judicial resolver los conflictos que se presentan entre los individuos y castigar a quienes violan la ley.

Montesquieu destacaba que esas funciones del poder pueden ser concentradas en un órgano del gobierno o distribuidas entre varios órganos. En el primer caso, señalaba que no habrá libertad debido a que el ejercicio del poder era discrecional. En cambio, si el ejercicio de las funciones del poder se distribuye entre varios órganos, el poder que ejerce cada uno de ellos configura un límite para el que tienen los restantes. Pero esa distribución del poder entre varios órganos no es suficiente, según Montesquieu, para asegurar la libertad. Será necesaria una constitución que institucionalice el sistema y que establezca cierto equilibrio de fuerzas entre los tres órganos del gobierno.

La doctrina de Montesquieu tuvo amplia difusión en Francia y en las colonias inglesas de Norteamérica. En estas últimas junto al pensamiento de Locke.

En *"El Federalista"* (355), Madison escribió que *"Las razones en que Montesquieu funda su máxima constituyen una demostración más de su intención. Cuando los poderes legislativo y ejecutivo se reúnen en la misma persona o entidad —dice él— no puede haber libertad, porque pueden surgir temores de que el mismo monarca o senado decreten leyes tiránicas con objeto de ejecutarlas de modo tiránico también. Y luego: si el poder de juzgar estuviera unido al poder legislativo, la vida y la libertad del súbdito se verían expuestas a un mando arbitrario, pues entonces el juez sería el legislador. Si estuviera unido al poder ejecutivo, el juez se conduciría probablemente con toda la violencia de un opresor"*.

Asimismo, y con relación también al federalismo, Madison y Hamilton destacaban que *"En la compleja república americana, el poder de que se desprende el pueblo se divide primeramente entre dos gobiernos distintos, y luego la porción que corresponde a cada uno se subdivide entre departamentos diferentes y separados. De aquí surge una doble seguridad para los derechos del pueblo. Los diferentes gobiernos se tendrán a raya unos a otros, al propio tiempo que cada uno se regulará por sí mismo"*.

Esa doctrina fue incorporada a varias constituciones de los futuros estados de la unión norteamericana y, en particular, a la Constitución de los Estados Unidos de 1787. En cambio, en Francia la influencia fue menor. En los textos constitucionales forjados por la Revolución Francesa, con la salvedad de 1791, se optó por seguir el pensamiento de Rousseau con la concentración del poder en una

---

(355) A. HAMILTON, S. MADISON y J. HAY, *El Federalista*, ps. 206 y 221, Fondo de Cultura Económica, México 1957.



asamblea general. Por otra parte, y también en Francia, la construcción de Montesquieu fue alterada por algunos pensadores como Benjamin Constant. Este autor añadió, a los tres poderes de Montesquieu, un cuarto poder llamado moderador. Su ejercicio correspondía al rey y consistía en la potestad de resolver los conflictos que pudieran presentarse entre los distintos órganos del gobierno. Esta idea del poder moderador, elaborada por Constant, fue adoptada por la Constitución del Brasil de 1824.

En los orígenes del proceso constituyente argentino, gestado en 1810, se percibe la gravitación que tuvo el pensamiento de Rousseau mediante la institucionalización de un órgano de gobierno en el cual se concentraba el ejercicio del poder, o mediante la estructuración de un ejecutivo colegiado.

Sin embargo, a partir del Estatuto Provisional de 1816, se advierte un paulatino incremento de la influencia que tuvieron la obra de Montesquieu y la Constitución de los Estados Unidos desde el inicio de nuestro proceso constitucional. Tanto sobre las ideas políticas que asumía la sociedad, como sobre el pensamiento de ciertas personalidades que gravitaron decisivamente en la construcción de la Constitución de 1853/60. Esteban Echeverría y su *Dogma Socialista*, Juan María Gutiérrez, Benjamín Gorostiaga, Mariano Fraguero, Dalmacio Vélez Sarsfield, Bartolomé Mitre, Domingo F. Sarmiento, Carlos Tejedor, Valentín Alsina y, especialmente, Juan Bautista Alberdi, plasmaron aquellos conceptos determinando que, nuestra Ley Fundamental, adoptara de manera expresa la concepción sobre la separación de las funciones del poder y su distribución entre tres órganos gubernamentales independientes.

En la estructura constitucional argentina el ejercicio de las funciones ordinarias del poder está distribuido entre el Congreso, que ejerce la función legislativa, el Presidente de la Nación, quien ejerce la función ejecutiva, y la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales inferiores que ejercen la función judicial.

Se discute si esa estructura tripartita de los órganos gubernamentales fue modificada con la reforma constitucional de 1994 debido a la constitucionalización de nuevos organismos.

Consideramos que no es así. Tanto la Auditoría General de la Nación (art. 85 C.N.), como el Defensor del Pueblo (art. 86 C.N.) son organismos que integran el órgano legislativo del gobierno que preside el Congreso de la Nación. El Consejo de la Magistratura (art. 114 C.N.), si bien no ejerce funciones jurisdiccionales como los jueces, integra el Poder Judicial. En cuanto al Ministerio Público (art. 120 C.N.), si bien es un organismo independiente con autonomía funcional y

autarquía financiera, se trata de una entidad que desenvuelve sus funciones constitucionales en el ámbito de la actividad jurisdiccional del Poder Judicial. Es, a nuestro entender, una estructura de control intraórgano del Poder Judicial y no un cuarto órgano gubernamental. Tal fue, por otra parte, la ubicación que siempre tuvo el Ministerio Público antes de la reforma constitucional de 1994, sin que hubieran variado sus funciones.

La doctrina de la división de poderes se refiere, fundamentalmente, a la división de los poderes constituidos. A la distribución de las funciones ordinarias del poder entre los órganos gubernamentales. Pero esa doctrina también se debe tener en cuenta para comprender y justificar la división que media entre el poder constituyente y los poderes constituidos. El primero, cuyo ejercicio corresponde a la convención prevista por el artículo 30 de la Constitución, es una función extraordinaria del poder que está al margen y por encima de las funciones ordinarias, acarreado una relación de subordinación para los órganos del gobierno que ejercen estas últimas.

También son órganos extraordinarios del gobierno, aunque ejerciendo funciones ordinarias del poder, los cuerpos electorales que se expiden sobre la consulta popular vinculante, por cuanto producen actos legislativos del gobierno exteriorizando la voluntad estatal y dentro del ámbito del Poder Legislativo.

La distribución de las funciones del poder entre varios órganos del gobierno tiene por objeto tornar más eficiente el ejercicio del poder estatal mediante la especialización de aquellos órganos en funciones específicas. Pero también apunta a rescatar la libertad de los destinatarios del poder al evitar la concentración en su ejercicio.

Este enfoque mecanicista, incorporado a la casi totalidad de las constituciones modernas, es un valor formal absoluto que, con cierta frecuencia, resulta irreal. En efecto, la práctica política revela que la doctrina de la división de poderes gesta un mecanismo de frenos y contrapesos, cuya manifestación e intensidad están condicionadas a la actuación independiente de los órganos del gobierno. Independencia que, si bien está respaldada por un fundamento jurídico constitucional, sólo se hará efectiva si los gobernantes, que integran cada uno de esos órganos, están efectivamente dispuestos a no claudicar en el ejercicio de sus prerrogativas frente a las presiones provenientes de alguna personalidad carismática o de los partidos y fuerzas políticas.

Corresponde tener en cuenta que las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales que se les otorgan, respectivamente, a los órganos Congreso, Presidente de la República y Tribunales judiciales, no

son las únicas que se les atribuyen. Existen otras funciones, de carácter secundario o complementario, pero de importante relevancia política. Funciones cuya manifestación se percibe claramente en la teoría del control político.

En efecto, cada órgano del gobierno, además de sus funciones propias del poder, tiene otras que le permiten controlar a los restantes órganos en el ejercicio de sus propias atribuciones. A título de ejemplo, el órgano ejecutivo no puede ejercer funciones judiciales (art. 109, Constitución Nacional), pero puede enervar, total o parcialmente, ciertos efectos de una sentencia judicial mediante el indulto y la conmutación de penas (art. 99, inc. 5º, Constitución Nacional).

La visión mecanicista de la doctrina de la división de poderes, sin mengua de su importancia, resulta incompleta desde una óptica realista de la vida política. Ese defecto se subsana mediante el recurso de acudir a la teoría de los controles. La concepción de aquella doctrina, complementada por la teoría del control, permite tener una visión más clara, no solamente sobre el funcionamiento jurídico formal de la distribución de las funciones del poder, sino también sobre su expresión en la realidad política con el conocimiento consecuente del orden político.

Karl Loewenstein, quizás la figura más destacada en el campo del Derecho Constitucional en el siglo XX, sistematizó con precisión poco frecuente la teoría del control (356).

Loewenstein distingue entre controles horizontales y verticales. Los primeros son los que funcionan dentro de un órgano u entre los órganos gubernamentales, mientras que los segundos se expresan como acciones o interacciones que se producen entre los órganos ordinarios y extraordinarios del gobierno y la sociedad en forma global.

Los controles horizontales Loewenstein los clasifica en controles intraórgano e interórganos (357). Los primeros se manifiestan dentro de la organización de un órgano del gobierno. Los segundos son los que se producen entre los órganos del gobierno.

Los controles intraórgano en el órgano ejecutivo se perciben con claridad cuando su titularidad es compartida por dos o más personas. En tales casos, en mayor o menor grado, se requiere la cooperación de sus titulares para que el órgano pueda expedir una decisión válida. Pero además, aunque se trate de decisiones propias de algu-

---

(356) KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, ps. 232 a 465, ob. cit.

(357) KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 232, ob. cit.

no de esos titulares, el o los restantes podrán controlar su proceso de formulación mediante la presión resultante de su autoridad moral o política.

Cuando el órgano ejecutivo es colegiado, tal como acontece en Suiza, el control se percibe porque las decisiones deben ser adoptadas por la totalidad o mayoría de esos titulares. En los sistemas parlamentarios ocurre algo similar debido a que el órgano ejecutivo es bicéfalo, y sin perjuicio de las mayores facultades que se le confiere a uno de sus titulares.

En un sistema presidencialista, el titular del órgano ejecutivo es unipersonal (art. 87, Constitución Nacional). Sin embargo, en nuestro sistema constitucional, el Presidente de la República está sujeto al control de los ministros quienes, si bien no ejercen la titularidad del órgano ejecutivo, forman parte del mismo. Así, la negativa de los ministros a refrendar y legalizar los actos del Presidente (art. 102, Constitución Nacional) impide la emisión válida de actos ejecutivos. Es cierto que el Presidente puede remover a los ministros que no están dispuestos a acatar ciertas órdenes (art. 99, inc. 7º, Constitución Nacional), pero el eventual costo político susceptible de acarrear semejante decisión, podrá inhibir al Presidente de adoptar una actuación cuestionada por sus ministros.

Los controles intraórgano en el órgano legislativo se manifiestan cuando está compuesto por dos o más cámaras, y se requiere la intervención concordante de, al menos, dos de ellas para la adopción de decisiones jurídicas válidas. Pero, aunque el órgano legislativo sea unicameral, el control se exteriorizará por la necesidad de contar con el voto de la mayoría de sus miembros existentes o presentes para emitir un acto.

El control intraórgano en el organismo judicial se percibe cuando los tribunales de justicia son colegiados y cuando existen recursos de apelación contra las sentencias pronunciadas por los jueces inferiores.

En cuanto a los controles interórganos que ejerce el Congreso sobre el Presidente de la República, cabe citar al juicio público (arts. 53, 59 y 60, Constitución Nacional); el rechazo de los proyectos de leyes presentados por el órgano ejecutivo; los controles mediante las comisiones bicamerales permanentes (arts. 99, inc. 3º y 100, inc. 12); rechazar la dimisión del Presidente (art. 75, inc. 21, Constitución Nacional); remover al jefe de gabinete (art. 101, Constitución Nacional); la negativa del Senado para prestar los acuerdos que menciona el artículo 99, incisos 4º y 7º, de la Constitución.

Los controles interórganos que ejerce el Congreso sobre el Poder Judicial son, entre otros, el juicio público a los Ministros de la Corte Suprema (arts. 53, 59 y 60, Constitución Nacional); reducir o ampliar el presupuesto general de gastos para el órgano judicial (art. 75, inc. 8º, Constitución Nacional); establecer o suprimir tribunales inferiores y sancionar leyes de amnistía (art. 75, inc. 20, Constitución Nacional); sancionar una ley orgánica para el Poder Judicial (art. 75, inc. 32, Constitución Nacional); reglamentar el juicio por jurados (arts. 24, 75, inc. 12, y 118, Constitución Nacional).

Son controles interórganos del Presidente de la República sobre el Congreso el veto total o parcial de las leyes aprobadas por el órgano legislativo (art. 83, Constitución Nacional); prorrogar las sesiones ordinarias del Congreso o disponer su convocatoria a sesiones extraordinarias (art. 99, inc. 9º). Los controles interórganos sobre el Poder Judicial, son presentar proyectos de leyes atinentes a la organización y estructura del órgano judicial; nombrar a los jueces (art. 99, inc. 4º, Constitución Nacional); conceder indultos o conmutar penas (art. 99, inc. 5º, Constitución Nacional); realizar nombramientos de jueces en comisión durante el receso del Senado (art. 99, inc. 19, Constitución Nacional).

En cuanto a los controles interórganos que ejerce el Poder Judicial sobre el Congreso y el Presidente de la República, el fundamental consiste en preservar el principio de la supremacía constitucional declarando la inaplicabilidad de todas aquellas leyes del Congreso o decretos del Poder Ejecutivo que violen principios de la Ley Fundamental, incluyendo a los tratados internacionales. Asimismo, y con respecto a estos últimos, también le corresponde declarar la inaplicabilidad de las leyes y decretos que desconozcan las cláusulas contenidas en ellos. El Consejo de la Magistratura limita la potestad del Poder Ejecutivo para designar a los jueces inferiores con acuerdo del Senado, ya que aquél debe circunscribirse a la terna de candidatos que le eleva el Consejo (art. 114, Constitución Nacional). Las facultades jurisdiccionales que las leyes reconocen a ciertos organismos administrativos dependientes del Poder Ejecutivo están sujetas al control judicial de legalidad y razonabilidad.

Entre los controles de tipo vertical, Loewenstein cita al federalismo, las garantías de las libertades individuales y el pluralismo (358).

El federalismo presupone la coexistencia de un centro de poder soberano con varios focos de poder autónomo que limitan el campo

---

(358) KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 353, ob. cit.

de extensión del primero ejercido por el gobierno central. La distribución de competencias y el reconocimiento de atribuciones propias y exclusivas a los gobiernos autónomos constituyen formas efectivas de evitar la concentración del poder en el gobierno central. Al federalismo, como elemento de control, cabe añadir a las regiones y municipios que, en grado inferior a los estados locales o provincias, también imponen un límite al poder discrecional del gobierno central.

En los sistemas políticos personalistas, basados sobre el reconocimiento preexistente al Estado de la libertad y dignidad de las personas, se prevén una serie de garantías efectivas para evitar que la actuación del gobierno provoque la desnaturalización de aquel fundamento y lo torne meramente nominal. Entre tales garantías cabe citar la prohibición de la censura previa para el ejercicio de la libertad de expresión a través de los medios técnicos de comunicación social (arts. 14 y 32, Constitución Nacional); la acción de amparo como medio procesal para evitar la violación arbitraria y manifiesta de todos los derechos constitucionales, con la salvedad de la libertad corporal; el habeas data, como especie de amparo, destinado a evitar el registro de datos sensibles o inexactos sobre las personas; la inviolabilidad del domicilio; la exigencia de una orden judicial previa para realizar registros y secuestros de documentación; la intangibilidad de la correspondencia epistolar y de las comunicaciones a través de los medios técnicos; la prohibición del juzgamiento por comisiones especiales; la inviolabilidad de la defensa en juicio; la irretroactividad de la ley penal, salvo si es más benigna para el imputado. Claro está que, la generalidad de estas garantías es concretada mediante la intervención de los organismos judiciales, de modo que su independencia ante el Congreso y el Presidente de la República configura el presupuesto ineludible para que ellas sean efectivas.

El pluralismo es otro de los controles verticales. Loewenstein destaca que *"Cuando el individuo aislado se une con otros en virtud de una comunidad de intereses, tiene entonces la posibilidad de ofrecer mayor resistencia a los detentadores del poder estatal que si tuviese que enfrentarse aisladamente: unido con otros, ejerce una influencia sobre las decisiones políticas que corresponde a la fuerza de su grupo. Los grupos pluralistas son, por lo tanto, barreras y frenos frente al todopoderoso Leviatán"* (359).

En el marco del pluralismo como control vertical, cabe incluir a los grupos de interés, los grupos de presión, los *lobbies* como repre-

---

(359) KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 423, ob. cit.

sentantes de intereses sectoriales, los partidos políticos, los grupos de opinión reflejados por los medios de prensa, y los medios técnicos de comunicación social, cuyo rol estratégico e institucional resulta básico para la preservación y subsistencia de un sistema democrático constitucional. En efecto, cuando mayor sea la libertad de prensa y la posibilidad de los individuos por conocer lo que acontece en el seno de la sociedad, mayor será la eficacia del control y la consecuente solidez de un sistema político personalista como lo es la democracia constitucional.

Vinculados con la categoría de controles verticales, que importan una relación genérica entre el gobierno y la sociedad, incluimos al derecho de iniciativa (art. 39, Constitución Nacional). Es la institucionalización del derecho de la sociedad a requerir del Congreso la sanción de una ley cuyo contenido se determina previamente. Otro tanto acontece con el cuerpo electoral cuando es convocado a una consulta popular vinculante en materia legislativa, o a una consulta no obligatoria sobre temas propios de la competencia del Congreso o el Poder Ejecutivo. En rigor, tanto el derecho de iniciativa como la consulta popular no son propiamente controles verticales, sino medios a través de los cuales el cuerpo electoral o la ciudadanía ejerce ese control.

## CAPÍTULO V

# LA LIBERTAD CONSTITUCIONAL

### 149. CONCEPTO Y VALORACIÓN DE LA LIBERTAD

La libertad, y la idea que ella representa en el pensamiento de cada individuo, constituye el concepto que con mayor frecuencia aparece citado en el curso de la historia de la humanidad. Los documentos jurídicos, los discursos sociales, las obras doctrinarias, mencionan continuamente la palabra *libertad*. Todos los sistemas políticos, tanto personalistas como transpersonalistas, proclaman que su objetivo es la libertad, aunque los contenidos que se le asignan resulten a veces inconciliables. Las leyes, las constituciones, los actos de gobierno, las revoluciones, las conquistas más importantes del espíritu humano y los más absurdos atentados contra la dignidad humana se gestaron y se producen invocando la libertad.

Explicando este fenómeno, Malinowski destaca que: *“Los filósofos y pensadores políticos, teólogos y psicólogos, estudiosos de la historia y la moral, han usado esta palabra con un alcance de sentidos harto amplio. Esto se debió en gran parte al hecho de que la palabra libertad, por razones muy definidas, tiene una seducción sentimental y un peso retórico que hace muy cómodo su uso en la arenga, en el sermón moral, en la exhortación poética y en el debate metafísico”* (360).

La libertad, como expresión de la necesidad espiritual y física más elemental del hombre, trasciende el marco individual para proyectarse en la esencia de la organización política global, y constituir la razón de ser de un Estado de Derecho en el proceso del movimiento constitucionalista.

Son innumerables las definiciones del concepto de libertad. Varían en función del enfoque que adoptemos y de los valores que

---

(360) BRONISLAW MALINOWSKI, *Libertad y Civilización*, p. 36, Buenos Aires 1948.



consideremos. Así, se nos presentan la libertad política y la libertad civil; la libertad individual y la libertad social; la libertad como derecho personalísimo y la libertad institucional; la libertad natural y la libertad jurídica.

La libertad es enunciada en todos los documentos humanistas que fueron hitos del movimiento constitucionalista. En el Pacto Político Civil acordado en las Cortes del Reino de León en 1188; en la Carta Magna inglesa de 1215; en las Partidas de Alfonso X; en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776; en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de 1776; en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789; en todos los documentos jurídicos de nuestra historia constitucional; y en todos los tratados, convenciones y declaraciones internacionales referentes a los derechos del ser humano.

Echeverría señalaba que *"la libertad es el derecho que cada hombre tiene para emplear sin traba alguna sus facultades en el conseguimiento de su bienestar, y para elegir los medios que puedan servirle a este objeto"*, añadiendo que *"el libre ejercicio de las facultades individuales no debe causar extorsión ni violencia a los derechos de otro. No hagas a otro lo que no quieras te sea hecho; la libertad humana no tiene otros límites"* (361).

Alberdi escribía que *"la libertad es el poder de que cada hombre está dotado por su naturaleza para ejercer todas las facultades de su ser. Es la libertad social. Pero la condición de vida de la libertad de cada hombre es la libertad de los demás"* (362). También sostenía que *"la libertad es el respeto del hombre al hombre. La libertad es poder, autoridad. Respetar la libertad de cada hombre es respetar el poder, la autoridad de cada hombre. Respetar la autoridad unida o colectiva de todos los hombres que forman una sociedad es respetar la libertad de cada uno. El que no sabe obedecer no sabe ser libre"* (363).

Sarmiento destacaba que *"la libertad moderna consiste en hacer, decir o pensar, lo que el hombre en toda su perfección, con todas las tradiciones de gobierno regular, bajo las reglas de la moral, la religión y las leyes, debe hacer, decir y pensar siempre, en todo tiempo y lugar"* (364).

---

(361) ESTEBAN ECHEVERRÍA, *Dogma Socialista*, p. 165, Universidad Nacional de La Plata 1940.

(362) JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Obras Selectas*, t. XVII, p. 230.

(363) JUAN BAUTISTA ALBERDI, ob. cit., t. XVII, p. 115.

(364) DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO, *Obras*, t. 46, p. 22.

Estrada, con referencia a la libertad civil, escribió que ella era "la ausencia de toda traba exterior que pudiera oponerse al cumplimiento del deber moral de parte del individuo" (365).

Alfredo Palacios, tras analizar el pensamiento de Echeverría, señalaba que "la libertad no es un don que se recibe como beneficio gratuito, sino un deber que se cumple. Hemos de saber que la libertad que sólo da derechos, es absurda y peligrosa. La libertad está preñada de deberes, y para conquistar el orden, hay que establecer el equilibrio entre la autoridad y la libertad" (366).

Para Sánchez Viamonte "la libertad es hoy un concepto jurídico institucional, pero ha empezado por ser un sentimiento, y antes, una sensación; la que experimenta un ser humano a quien se libera, o que se sustrae por sí mismo de los lazos materiales que lo tenían sujeto" (367).

Estas definiciones, como muchas más, pueden merecer el rechazo o la aceptación de los analistas. El rechazo por parte de quienes niegan la existencia del derecho natural considerando que la libertad es un don concedido por el Estado. La aceptación, por los partidarios del jusnaturalismo, para quienes el fundamento de la libertad reside en los derechos naturales del ser humano que son propios de su naturaleza y no de una concesión estatal. A esta última concepción responde el art. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

A pesar de las dificultades que se presentan para definir el concepto de libertad, y a pesar de los más variados significados que se le asignan a ese vocablo, le asiste la razón a Linares Quintana cuando nos enseña que *libertad* es una palabra tan antigua como la historia del hombre, y que la propia historia de la humanidad puede ser sintetizada como la historia de la lucha eterna del hombre por la libertad: "Nacido para ser libre, combate sin tregua a través de los siglos para obtener la libertad primero; para conservarla, luego; y, cuando la ha perdido, para recuperarla; iniciando así un nuevo ciclo, en una serie que se repite al infinito en el decurso de los siglos, sin que nunca la conquista sea definitiva, como si la Voluntad Divina fuera que, por

---

(365) JOSÉ MANUEL ESTRADA, *Curso de Derecho Constitucional*, t. I, p. 15, Buenos Aires 1927.

(366) ALFREDO PALACIOS, *El delito de opinión y la tradición argentina*, p. 163, Buenos Aires 1939.

(367) CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 119, Kapelus, Buenos Aires 1958.

*ese medio, la llama de la libertad se mantenga perennemente encendida en el alma humana" (368).*

La libertad es una idea global comprensiva de la actividad humana que se desenvuelve en el ámbito privado y social. Es, sustancialmente, un concepto individual que se traduce en una fuerza, en una energía que dispone el hombre para crear y ejecutar sus ideas con absoluta independencia. Para colmar sus aspiraciones y el logro de su personalidad de acuerdo con las metas establecidas en su pensamiento.

Ese concepto individual se proyecta sobre la vida social generando las libertades civiles y políticas que, al desenvolverse en un marco de convivencia, están sujetas a una reglamentación razonable emanada del poder político. El concepto individual de libertad se traduce así en un valor jurídico social que la organización política debe preservar y coordinar.

Ese valor jurídico social presupone un orden normativo y una seguridad. Un orden normativo que diseñe los amplios espacios para el desarrollo armónico de las libertades individuales, y una seguridad jurídica traducida en las garantías tutelares de la actividad del ser humano.

Si bien es cierto que *libertad* es una palabra tan antigua como la historia del hombre, también es cierto que su trascendencia cultural con un significado universal, aunque a veces difuso, se concreta a partir del siglo XVIII, con el desarrollo del movimiento constitucionalista.

La libertad individual generó la libertad política, y ésta, a su vez, la libertad social en sus más variadas expresiones. El arte, la filosofía, la música, la poesía, la educación y otras manifestaciones de la creatividad del hombre comenzaron a estar intensamente impregnadas por el concepto de libertad, desembocando en un cauce progresista que supera cualquier tipo de trabas que se pretendan implantar y que conduce a situaciones enriquecedoras del espíritu humano.

La idea primaria que representa el concepto de libertad, se traduce en una oposición (369). En dos polos antagónicos que son la libertad como energía o fuerza para alcanzar un objetivo y las dificultades o trabas para su concreción.

---

(368) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. IV, p. 30, ob. cit.

(369) MANUEL RÍO, *La libertad*, p. 20, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1969.

Esa dificultad, como elemento negativo de la libertad, se manifiesta en tres órdenes diferentes:

- 1) en la violencia o fuerza, física o espiritual, que impide alcanzar el objetivo;
- 2) en la sumisión o esclavitud del hombre frente a los impulsos externos o frente a su propia ineptitud espiritual para superar las pasiones que anulan su libertad;
- 3) en la necesidad que conduce al hombre a abandonar las metas elevadas que se pudo haber fijado en función de su dignidad natural.

El elemento negativo, al excluir la libertad, permite la tipificación de esta última, también en tres órdenes diferentes:

- 1) la libertad como exención de la violencia o como energía que supera las trabas impuestas por la violencia;
- 2) la libertad como exención de la sumisión mediante un acto volitivo interno o mediante la compulsión sobre la acción externa;
- 3) la libertad como exención de la necesidad que se exterioriza cuando el hombre tiene conciencia de ella y despliega su energía espiritual para superarla.

En cada una de estas tres hipótesis, la libertad, además de exteriorizarse en un acto voluntario, se traduce en conductas impregnadas por el deseo del ser humano por alcanzar un objetivo trascendente; de superar las barreras interiores o exteriores de la violencia, la sumisión o la necesidad por él conocidas mediante el despliegue de una actividad física o intelectual que le permite alcanzar los objetivos trascendentes que establece su naturaleza o su raciocinio.

Filosóficamente, la libertad es una idea representativa de las aspiraciones individuales del ser humano, que se refleja en una presunta potestad para hacer o conseguir un resultado determinado. Pero ese significado no es el concepto jurídico que tiene relevancia en el derecho constitucional. La libertad jurídica no es simplemente esa concepción metafísica, aunque con frecuencia ella es utilizada para caracterizar el concepto jurídico de la libertad.

La libertad jurídica trasciende el marco subjetivo del individuo y está integrada por todo el conjunto de atributos naturales o positivos que la ley le asigna al hombre en función de la idea política dominante. La libertad es, así, el conjunto de atributos que la ley le confiere o reconoce a una entidad que alcanza la jerarquía de perso-

na, y que se hacen efectivos en las relaciones sociales mediante su corporización en derechos.

La libertad es el atributo de la persona, y el derecho es el procedimiento e institución establecido por la ley positiva para hacer efectiva esa libertad jurídicamente. Así, la persona es titular de libertades jurídicas que se traducen en derechos dentro del ámbito de la convivencia social.

La libertad filosófica es un ideal individual que puede tener aceptación colectiva. La libertad jurídica es la tipificación legal de aquella libertad individual. El derecho es el instrumento para la concreción de la libertad en las relaciones sociales.

La institucionalización de la libertad conduce necesariamente a forjar el derecho como instrumento que garantiza su efectividad. El ordenamiento jurídico, al consagrar la libertad y su caracterización, ofrece al individuo una amplia gama de posibles comportamientos normativos para cristalizar aquella libertad.

Tales comportamientos reciben el nombre de *derechos subjetivos*, mediante cuyo ejercicio la persona podrá disfrutar de los beneficios de la libertad jurídica. La libertad es la esencia, y los derechos subjetivos los medios legales para tornarla efectiva en la convivencia social.

La libertad jurídica, que puede no coincidir plenamente con la libertad filosófica, determina los atributos normativos de una persona y le confiere los instrumentos, que son los derechos subjetivos, para el ejercicio de esa libertad en sus relaciones con otras personas y con la organización política global.

Esto nos conduce a descartar aquellas definiciones de la libertad que la limitan a la idea de un hacer o dejar de hacer. La libertad es un atributo que distingue a la persona y que se expresa en su potestad de exigir un comportamiento determinado del Estado y demás particulares mediante el ejercicio de los derechos subjetivos.

La esfera de la autonomía individual es la libertad, y la potestad para hacerla efectiva es el derecho a la libertad. Pero esa autonomía y esa potestad no son las que concibe aisladamente en su seno el individuo, sino aquellas que aparecen reconocidas y consagradas en las normas jurídicas que, a los fines de su legitimidad, deberán reflejar fielmente la idea política dominante y el concepto de libertad que de ella emana.

La libertad, tal como la concibe el individuo en su ámbito personal, puede ser absoluta e incontrolable, o estar sujeta a limitaciones

subjetivas carentes de generalidad. De existir tales limitaciones, ellas estarán impuestas por las normas morales a las que se subordina el individuo. Pero la libertad constitucional, en su condición de libertad jurídica, no presenta tales características.

La libertad jurídica es esencialmente limitada y controlable, por cuanto se manifiesta en la convivencia social organizada. Sin un orden y sin límites para la libertad, es imposible que exista la libertad constitucional. La relación armónica entre los individuos, y la relación armónica entre ellos y la organización política global, impone necesariamente restricciones para la libertad, que son expresadas en las normas jurídicas que la regulan.

En toda sociedad políticamente organizada la libertad aparece limitada por el orden que ella establece. Pero en un sistema democrático constitucional esas limitaciones a la libertad deben ser razonables, respondiendo a la necesidad de salvaguardar los intereses individuales y los intereses de la comunidad. Es por ello que las limitaciones a la libertad no pueden conducir a su total desconocimiento, y que sus regulaciones deben ser razonables y objeto de una interpretación restrictiva.

Si la libertad jurídica fuera absoluta, tal como puede ser concebida por algún pensamiento filosófico, sería imposible concretar una vida social en libertad. Por tal razón, la libertad constitucional está condicionada a la adecuación del individuo al orden jurídico de la sociedad global. Sin esa subordinación al ordenamiento jurídico, no puede expresarse una sociedad organizada y la libertad constitucional no será tal. En este caso no habrá libertad, sino libertinaje.

En el ordenamiento constitucional no existen las libertades absolutas. Ni siquiera la libertad de vivir, institucionalizada en el derecho a la vida, reviste carácter absoluto. Todas las libertades individuales, aunque importen el reconocimiento de libertades naturales del hombre, así como también todas las libertades sociales establecidas por la ley, están sujetas a reglamentaciones que, como tales, son restricciones razonables a ellas, impuestas para armonizar los intereses individuales y satisfacer el bien común que motiva la creación de la organización política global.

La relación entre la libertad constitucional y sus limitaciones, impuestas por el orden social, permite precisar sus contenidos. Se trata de una libertad jurídica y no extrajurídica. Es una libertad relevante, en cuanto tiene previstos efectos jurídicos. Es una libertad lícita, en cuanto no se concibe jurídicamente la presencia de una libertad ilícita y sí los efectos antijurídicos de un comportamiento humano que es su causa eficiente.

Son varias las disposiciones constitucionales que, de manera explícita o implícita, permiten la calificación jurídica del concepto de libertad. De ellas, el art. 19 de la Ley Fundamental es el que le otorga su precisión básica. Dispone que nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. Se trata de un principio general que está acompañado por las hipótesis en las cuales se limita la libertad individual, y si bien ellas aluden a las acciones privadas de las personas, un enfoque interpretativo sistemático permite su aplicación extensiva a áreas extrañas a los llamados derechos personalísimos. Tales límites, al margen de los legales, están conformados por el orden público, la moral pública y el deber de no ocasionar daños innecesarios a terceros en resguardo de su dignidad.

### 150. LIBERTAD Y SISTEMAS POLÍTICOS

Las tipificaciones clásicas de los sistemas políticos, basadas sustancialmente sobre los aspectos formales de la organización política global o sobre la estructuración de los gobiernos, han sido sustituidas por las tipologías modernas donde el elemento fundamental para su caracterización reside en los alcances efectivos atribuidos a la libertad. El concepto ontológico de la libertad cobra cuerpo en un valor jurídico personalista sobre la base del cual se practica el análisis comparativo de los sistemas políticos.

Así, para Kelsen, la diferencia sustancial entre la democracia y la autocracia resulta de la idea de la libertad política. Esa libertad política está presente cuando el individuo que está sujeto a un ordenamiento jurídico participa, como regla general, en su proceso creativo. La democracia significa que la voluntad representada en el orden legal del Estado coincide con la voluntad de los gobernados por ser determinante del contenido de aquella. En la autocracia, en cambio, los gobernados son excluidos del proceso creativo del ordenamiento jurídico, de modo que su contenido no coincidirá con la voluntad de los particulares y, como consecuencia, con el concepto de libertad (370).

En su enfoque sociológico de los sistemas políticos, Aron distingue los regímenes de partidos políticos múltiples o pluralistas de los regímenes de partido único o monopolístico. Expresa que la antítesis entre ambos sistemas se manifiesta notoriamente en cuatro

---

(370) HANS KELSEN, *Teoría General del Estado*, p. 408, Editorial Labor, Barcelona 1934.

formulaciones básicas: 1) antítesis entre la concurrencia, que presupone libertad, y el monopolio; 2) antítesis entre la constitución y la revolución; 3) antítesis entre el pluralismo de los grupos sociales y el absolutismo burocrático; 4) antítesis entre el Estado de partidos y el Estado partidario.

Es cierto que este autor descarta el concepto de libertad para diferenciar a los sistemas políticos debido a su controvertida significación filosófica. Sin embargo, el mismo fluye espontáneamente de cada una de aquellas formas básicas. En definitiva, el régimen de partidos múltiples o pluralista presupone la libertad de disentir externamente y en el marco de una libre concurrencia y competitividad entre los partidos políticos, que se traduce en un estilo de vida política y de convivencia social. En cambio, el unipartidismo o el apartidismo (371), excluyen el disenso externo y la posibilidad efectiva de exteriorizar opiniones enfrentadas (372).

Duverger clasifica a los sistemas políticos en democráticos y autocráticos. En los primeros, la lucha política por la conquista y el control del poder se desarrolla en forma abierta, pública y libre. Siempre habrá pluripartidismo político y, consecuentemente, un marco de libertad suficiente para su funcionamiento. La confrontación política, pública y abierta se extiende al plano de la vida social y al de los medios de expresión e información. Se hallan vigentes las libertades públicas que permiten a cada uno expresar, sin coerción, sus opiniones por medio de la palabra, la escritura y la adhesión a las manifestaciones más variadas provenientes de las diversas organizaciones sociales. En cambio, en los sistemas autocráticos la lucha política no existe oficialmente, ya que el poder del emperador, del rey, del dictador o del partido gobernante no puede ser discutido públicamente ni sujeto a un confrontamiento competitivo abierto y libre. La libertad, en todas sus variantes, no se manifiesta en este sistema en tanto altere las reglas políticas autoritarias que lo diseñan (373).

---

(371) El apartidismo, como sistema que presupone la inexistencia de partidos políticos, solamente es verificable a través de la aplicación de un enfoque jurídico. Si una ley prohíbe la existencia de los partidos políticos, desde la óptica positiva afirmaremos su inexistencia, aunque ello no se compadezca con la realidad. La realidad será lo que la ley dice que ella es. En cambio, la aplicación de un enfoque sociológico nos revelará la presencia de esas agrupaciones políticas en el marco de la vida política real, con prescindencia de las disposiciones de la ley positiva.

(372) RAYMOND ARON, *Democracia y Totalitarismo*, p. 32, Ed. Seix Barral, Barcelona 1968.

(373) MAURICE DUVERGER, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, p. 113, Ed. Ariel, Barcelona 1962.



Burdeau diferencia los regímenes políticos autoritarios de los democráticos. Tipifica al sistema autoritario por el rol decisivo que desempeña la personalidad del jefe y por las amplias restricciones impuestas a las libertades públicas. Como sistema intelectual, desconoce el valor de la libertad, menosprecia a la persona humana, glorifica al líder y rescata la intolerancia frente a toda opinión adversa. Explota el instinto a la obediencia latente en la sociedad, cuya intensidad puede ser incrementada por las eventuales decepciones que experimente el hombre en el goce de la libertad, y conduce a su supresión o desnaturalización en vez de apuntar a la corrección de los factores que gestaron los presuntos abusos que su ejercicio pudo haber ocasionado. En un régimen democrático, en cambio, la vigencia de las libertades políticas permite la manifestación de un sistema de poder abierto sujeto a las fluctuaciones de la opinión de los grupos sociales, que se nutren con la multiplicidad de las expresiones vertidas. La democracia aparece indisolublemente ligada a la idea fuerza de la libertad que, ante la ausencia de mecanismos represivos, se traduce en un sentimiento socialmente sólido de independencia física y espiritual que está dotado, por la autoridad política, de garantías suficientes para posibilitar su manifestación espontánea (374).

En la tipología de Sartori, quien clasifica a los sistemas políticos en democráticos y autocráticos, la democracia presupone una sociedad libre que no está expuesta a los riesgos de un poder político arbitrario y descontrolado, donde la relación entre gobernantes y gobernados concuerda con el principio de que el Estado está al servicio de los ciudadanos y no éstos al servicio del Estado. Mientras más endeble sea la estructura pluralista de una sociedad y mientras más se reduzcan y debiliten sus fuerzas intermedias, mayores serán las posibilidades para el desenvolvimiento de las condiciones que posibilitan el absolutismo. La diferencia entre la democracia y las variadas formas de los sistemas autocráticos radica en el hecho de que en una democracia el poder está distribuido, limitado, controlado y se ejerce de manera rotativa, mientras que en una autocracia el poder está concentrado, carece de control, es indefinido e ilimitado (375).

En la tipología dicotómica de Loewenstein, el constitucionalismo se distingue de la autocracia por la presencia, como factores preponderantes aunque no necesariamente absolutos, de: 1) la división y distribución de las funciones gubernamentales entre órganos diferentes cuya actuación, independiente pero controlada, impide la pre-

---

(374) GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, t. IV, p. 365, ob. cit.

(375) GIOVANNI SARTORI, *Aspectos de la Democracia*, p. 40, ob. cit.

sencia de un solo detentador del poder —persona física, asamblea o grupo social— en el cual se concentra la actividad gubernamental; 2) la efectiva existencia de controles horizontales y verticales del poder, donde los primeros funcionan entre los órganos de poder o dentro de uno de ellos y los segundos entre la estructura gubernamental y la sociedad; 3) la participación del pueblo en la formación de la voluntad política del Estado; 4) la real vigencia de la libertad, tanto en el ámbito político como en el privado, y del pluralismo social. Cuando la manifestación de estos factores está generalizada como regla, estaremos en presencia de un sistema constitucionalista aunque su intensidad sea variable. En cambio, cuando tales factores son desplazados de la sociedad, se exteriorizan los sistemas autocráticos en sus diversas variantes (376).

Para Linares Quintana, la clasificación de los sistemas políticos no debe responder a tipos ideales de gobierno, sino a la expresión de una fórmula empírica que conduce a distinguir la democracia constitucional del autoritarismo. Esa dicotomía de los sistemas políticos se basa sobre un criterio teleológico que apunta a la libertad y dignidad del hombre, sin perjuicio de una serie de notas instrumentales que son consecuencia de la finalidad del sistema. La democracia constitucional, como sinónimo del gobierno de las leyes que se opone al gobierno de los hombres, se caracteriza por: 1) garantizar la libertad como valor supremo de la organización política; 2) establecer mecanismos constitucionales idóneos para limitar y controlar el ejercicio del poder; 3) prever la distribución y división del poder político; 4) la vigencia del principio de juridicidad, que impone a gobernantes y gobernados un comportamiento subordinado al imperio de la ley; 5) la presencia, como idea política dominante, de la concepción que reconoce en el pueblo la residencia de la titularidad del poder, siendo su ejercicio encomendado a los gobernantes mediante la aplicación de procedimientos reales y efectivos de representación; 6) el pluripartidismo, que se refleja en el libre funcionamiento de los grupos políticos (377).

## 151. LIBERTAD Y DEMOCRACIA

Etimológicamente, *democracia* significa autoridad del pueblo, poder del pueblo, concebir a la comunidad como fuente del poder

(376) KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 78, ob. cit.

(377) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Sistemas de Partidos y Sistemas Políticos*, p. 609, ob. cit.

político. Ese concepto se traduce en un sistema político donde la comunidad es titular del poder, y se gobierna a sí misma en el sentido de ejercer una influencia exclusiva o decisiva en la manifestación de ese poder.

Esa influencia no es uniforme, ya que en cada sistema puede variar su grado de intensidad, de efectividad y de extensión. De todos modos, el concepto de democracia tiene su fundamento en el consentimiento libre de los gobernados, manifestado tácitamente por los grupos de opinión pública y expresamente por el cuerpo electoral, siendo ese consentimiento una idea política dominante que es la fuente de legitimidad para la autoridad de los gobernantes.

El significado histórico y primario del concepto de democracia no se refiere a un sistema político, sino exclusivamente a una forma de gobierno, a un mecanismo especial por cuyo intermedio se pone en funcionamiento al poder político, a un mecanismo que requiere la participación activa de la comunidad política para adoptar decisiones y determinar la composición del elenco gubernamental. Así, un gobierno será democrático cuando los destinatarios de sus decisiones participan, directa o indirectamente, en la adopción de ellas.

Ese significado primario de la democracia contiene dos nociones básicas: libertad política e igualdad política. La mayor o menor tipificación democrática de un gobierno está condicionada a que el poder, o la influencia sobre el poder, esté compartida por los diversos sectores sociales. El concepto de igualdad política está acompañado por un concepto de libertad política, ya que —dado que no todos pueden gobernar, por razones prácticas o de idoneidad (378)— el ejercicio del poder es encomendado a los más capaces sobre la base de un consentimiento externo y expreso formulado por medios objetivos. De tal modo, se desemboca en la teoría de la representación política.

Superando ese significado primario, superando el marco jurídico-político que lo encierra, la democracia también consiste en una forma de vida basada sobre la libertad.

El concepto jurídico de libertad está integrado por dos aspectos: la libertad civil y la libertad política (379). La libertad civil es el atributo inherente al hombre que le permite desarrollar su actividad física e intelectual para satisfacer sus necesidades, dentro del marco fija-

---

(378) ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN, *El requisito de la idoneidad para el ejercicio de la función pública representativa*, p. 62, ob. cit.

(379) JOSÉ MANUEL ESTRADA, *Curso de Derecho Constitucional*, t. I, p. 15, ob. cit.

do por la naturaleza de sus semejantes y la ley. La libertad política se traduce en el atributo que le permite al hombre intervenir en el proceso del poder participando, directamente o por medio de sus representantes, en la adopción de decisiones políticas.

Sin embargo, y sin perjuicio de resaltar la importancia de cada una de esas especies de la libertad, para que podamos referirnos a la vigencia de ella es indispensable que se presente bajo ambos aspectos, ya que si solamente hay libertad civil, o sólo libertad política, no habrá libertad.

La libertad política desprovista de la libertad civil priva de una finalidad personalista a la sociedad política y desemboca en un régimen autocrático donde la dignidad humana queda subordinada a un objetivo transpersonalista. A su vez, la libertad civil desprovista de la libertad política priva a la sociedad del instrumento necesario para preservar a aquélla, porque su subsistencia queda condicionada a la voluntad autoritaria del gobernante.

Esta concepción de la libertad es relativamente reciente. En efecto, tanto en Grecia como en Roma, esos aspectos de la libertad fueron considerados en forma aislada. Recién a partir del siglo XVIII comienza a ser resaltada la indivisibilidad de la libertad, admitiéndose que, así como no hay libertad civil duradera sin libertad política, esta última desprovista de aquélla carece de sentido, ya que es el medio o instrumento para alcanzar y gozar de la libertad civil.

Modernamente no se concibe la vigencia de la libertad sino dentro de un marco caracterizado por la tolerancia y el respeto hacia la voluntad ajena. Por ello, si bien públicamente ningún contemporáneo se atreve a condenar a la libertad en su carácter de bien fundamental del hombre, se observa que suele ser invocada por doctrinas políticas que en la práctica desconocen su vigencia. Precisamente por privarla de sus notas decisivas —libre albedrío, tolerancia y respeto por la voluntad ajena— que, en definitiva, determinan su negación. Es como si expresaran: *"el pensamiento libre proclamo en alta voz, y muera quien no piense igual que pienso yo"*.

El desconocimiento del libre albedrío, la tolerancia y el respeto por los derechos ajenos importa la negación de la libertad, tanto política como civil, conformando la antesala del autoritarismo. José Ingenieros enseñaba que *"Las tiranías cimentadas en el interés de los mercaderes y en la ceguera de gentes incultas, son execrables porque domestican las naciones, corrompen la moral, ablandan los caracteres, enmudecen los labios y paralizan los gestos. Bajo los regímenes de privilegio medran los serviles, florecen los hipócritas, prosperan los audaces, culminan los indignos. La solidaridad en el esfuerzo colecti-*

*vo es reemplazada por la complicidad en el común aprovechamiento. La patria queda en manos de traficantes que la explotan y el patriotismo se convierte en lucrativa industria, tanto mejor remunerada cuanto mayor es la exaltación apologética. Los que no viven de la patria, se apartan, se proscriben, trabajando para ella, sin mendigar de los poderosos las migajas del festín. Piensan el porvenir y lo construyen. Confían en un mañana, que llega más temprano o más tarde, portador de la única justicia que seduce a los grandes, la posteridad, que compensa generosamente las horas inquietas del ostracismo" (380).*

Admitiendo que la libertad es el bien supremo del hombre, es factible distinguir a los sistemas políticos en función de ella. Así, se presentan los sistemas personalistas basados sobre la libertad. Ellos la consagran, como regla general, tanto en el ámbito político como en el civil, fijando restricciones razonables que son impuestas para posibilitar una armónica convivencia social.

Frente a ellos, se expresan los sistemas transpersonalistas que, por subordinar el individuo a los fines asignados por los gobernantes a la sociedad política, se fundamentan en la negación de la libertad individual y como excepción en su reconocimiento. Los primeros responden y respetan la esencia de la naturaleza humana. Los segundos procuran alterar el comportamiento natural en función de conceptos dogmáticos.

Vemos así que el concepto de democracia constitucional está integrado por espíritu y materia. Por conductas e instituciones legales. La manifestación aislada de alguno de estos fenómenos no es sinónimo de democracia. Aunque exista una forma de vida democrática fundada sobre el reconocimiento de los derechos naturales del hombre, el respeto y la tolerancia, no habrá democracia si el pueblo no participa en el gobierno; y, aunque el pueblo gobierne plebiscitariamente, no habrá democracia constitucional si no hay tolerancia y respeto, libertad e igualdad, si el comportamiento de la población no se canaliza por un determinado estilo de vida.

Esa forma de vida, que es uno de los elementos que caracterizan a la democracia constitucional, está configurada por el reconocimiento y la vigencia de las libertades fundamentales que emergen de la naturaleza humana. Por tal razón, para verificar la existencia de la democracia constitucional y de un sistema político personalista, no basta que el pueblo elija y controle a sus gobernantes. También es necesario que se reconozcan a los hombres todas aquellas liberta-

---

(380) JOSÉ INGENIEROS, *La escuela de la libertad*, en "Antología", p. 353, Ed. Losada, Buenos Aires 2003.

des específicas que hacen a la dignidad de la persona humana, y que se les brinde la seguridad instrumental de que ningún gobierno o grupo social, por más mayoritario que sea, podrá violar impunemente sus libertades.

## 152. LAS LIBERTADES EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

La vigencia de la libertad y el establecimiento de un sistema político personalista, son objetivos claramente enunciados por la Constitución Nacional. Al procurar su institucionalización, los constituyentes de 1853/60 procedieron a reiterar los grandes fines de la organización política global que fueron expuestos en los antecedentes constitucionales a partir de 1810.

Así, el Cabildo de Buenos Aires, cuando designó a la Junta de Gobierno el 25 de mayo de 1810, delimitó sus facultades y deberes en función de los principios republicanos que resguardan la libertad de los hombres. El acta correspondiente, en su art. 6º, disponía que la Junta debía velar por el orden y la tranquilidad pública, garantizando la seguridad individual de todos los vecinos y siendo responsable por el incumplimiento de tal obligación.

En el reglamento de la Junta Conservadora del 22 de octubre de 1811 se proclamaba la vigencia de la legislación existente en cuanto no se opusiera al derecho supremo de la libertad civil de los pueblos americanos (art. 1, sec. 1); que la libertad civil y la seguridad de todos los ciudadanos constituían el objeto del ejercicio de su autoridad por la Junta Conservadora (art. 2º, sec. 2); que el poder judicial era responsable por los atentados que se cometieran contra la libertad y seguridad de los individuos (art. 3º, sec. 3).

El Estatuto Provisional del 22 de noviembre de 1811 establecía que el gobierno no conoce otro principio que el bien general, la libertad y la felicidad de los pueblos americanos, añadiendo que la menor infracción del articulado del Reglamento configuraba un atentado contra la libertad civil (art. 9º).

El Decreto de Seguridad Individual del 23 de noviembre de 1811 disponía que todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades, y que la posesión de este derecho, centro de la libertad civil y principio de todas las instituciones sociales, constituye la llamada seguridad individual.

El Estatuto Provisional del 5 de mayo de 1815 proclamaba que los derechos de los habitantes del Estado son la vida, la libertad, la

igualdad, la propiedad y la seguridad (art. 1º). Definía a la libertad como la facultad de obrar cada uno a su arbitrio, siempre que no viole las leyes ni dañe los derechos de otro (art. 2º). Asimismo, en el art. 1, capítulo I, sección 7, aparece expuesto el contenido del actual art. 19 de la Constitución Nacional, al disponer que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden público ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados, y que ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la ley clara y expresamente, ni privado de lo que ella del mismo modo no prohíbe.

La Constitución sancionada por el Congreso de Tucumán el 22 de abril de 1819, disponía que los miembros del Estado deben ser protegidos en el goce de los derechos de su vida, reputación, libertad, seguridad y propiedad, y que nadie podía ser privado de alguno de ellos sino conforme a las leyes (art. 109). El art. 112 establecía que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden público ni perjudican a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados, y el art. 113 agregaba que ningún habitante del Estado sería obligado a hacer lo que no mandara la ley ni privado de lo que ella no prohibiera.

La Constitución de 1826 también decía que todos los habitantes del Estado debían ser protegidos en el goce de su vida, reputación, libertad, seguridad y propiedad, y que nadie podía ser privado de ellos sino conforme a las leyes (art. 159); que la libertad de publicar sus ideas por la prensa es un derecho tan apreciable al hombre como esencial para la conservación de la libertad civil (art. 161); que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden público ni perjudican a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (art. 162); que ningún habitante del Estado sería obligado a hacer lo que no mandaba la ley ni privado de lo que ella no prohibía (art. 163).

Los artífices de la Constitución Nacional, en la sesión del 1º de diciembre de 1852 expresaron: *“La palabra más simpática para la democracia argentina es la libertad. En la guerra extranjera como en la guerra civil, siempre el pabellón azul y blanco llevó escrita esa palabra mágica. Pero nuestras instituciones y nuestros hábitos heredados no nos habían permitido comprender que no hay cosa más práctica que la libertad, y que para ser libre es indispensable que los hombres se doblen sumisos al despotismo santo de la ley. En busca de esa libertad que les huía, han andado los pueblos argentinos desde que son independientes. Estaban ciegos por falta de educación social, y no vieron que en las luchas domésticas era sangre hermana la que corría, y que*

*cada combatiente caído dejaba en el despoblado territorio un vacío que debía llenar indispensablemente la barbarie” (381).*

En su concepción filosófica, la Constitución de 1853/60 respondió a los factores políticos, sociales, económicos e históricos que generaron el surgimiento de la comunidad nacional, así como también al contenido de la idea política dominante que estuvo presente desde el mismo momento del surgimiento de la Nación. Fue expresión cabal de las necesidades y aspiraciones del país dentro del marco de sus posibilidades reales.

Ese criterio, aplicado para la formulación de las normas constitucionales, respondió a una metodología que estuvo presente en el informe elaborado en el año 1860 por la Convención de la Provincia de Buenos Aires encargada de revisar el texto constitucional de 1853, donde se destacó: *“La comisión no ha desconocido, al adoptar esta regla de criterio, que cada pueblo tiene su modo de ser; sus principios fundamentales de gobierno encarnados en sus costumbres, antecedentes históricos, sus instituciones de hecho que no están escritas y que tienen toda la fuerza de la ley aceptada; y por consecuencia, que cada pueblo tiene en sí mismo su Constitución, y que no es posible organizar bien una nación en teoría, prescindiendo totalmente de las leyes del tiempo y del espacio. Pero ha reconocido también, que no obstante estas verdades prácticas, el legislador debe propender a levantar los hechos a la altura de la razón, poniendo a la ley de parte de ésta, en vez de capitular con los hechos que no tienen razón de ser” (382).*

Para disipar las dudas sobre la idea política dominante en la Constitución, es útil y necesario el conocimiento de las perspectivas de los hombres que la redactaron para comprender el significado de la libertad, de sus valores y de las instituciones en que se materializa.

Esas instituciones fueron elaboradas por hombres que rechazaron la instrumentación de soluciones transitorias, por hombres sumamente idóneos que, con motivo de su intensa actuación política y de las experiencias recogidas durante décadas de opresión y autoritarismo, tenían un cabal conocimiento de la realidad e ideas claras sobre las necesidades del país a los fines de su organización, por hombres que supieron interpretar y plasmar jurídicamente la voluntad del pueblo y el objeto al cual respondió la fundación de la Nación Argentina.

---

(381) Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina 1852-54, p. 13, ob. cit.

(382) Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires, p. 92, Buenos Aires 1860.



La redacción de la Ley Fundamental revela que fueron debidamente aplicadas las técnicas más modernas de formulación constitucional, en la búsqueda de la perdurabilidad de sus normas que permitiera, dentro de su cauce, el nacimiento y desarrollo de instituciones sociales y políticas que en ese momento concreto no era posible prever. Se consiguió forjar los instrumentos para evitar la inestabilidad política y para que las normas constitucionales no quedaran a la zaga del dinamismo social.

Para consolidar la unidad nacional que no se había podido concretar durante más de cuarenta años, uno de los principales objetivos de los constituyentes fue el gobierno enérgico. Otro de sus objetivos fue la instauración de un gobierno con poderes limitados, lo cual se tradujo en una fórmula muy sencilla: el gobierno debía ser fuerte para consolidar la unidad nacional y la democracia constitucional, pero esa fuerza jamás debía superar los límites establecidos por el reconocimiento de la libertad del hombre.

Otro de los propósitos fue la creación de un gobierno representativo, de un gobierno ejercido por personas idóneas, por personas que supieran superar los intereses sectoriales recogiendo y plasmando en soluciones concretas, basadas sobre el bien común, las inquietudes y demandas de la población.

Los constituyentes querían un gobierno fuerte, un gobierno que respetara la libertad y que fuese ampliamente representativo de los ideales que forjaron el surgimiento de la Nación. Todo ello en un marco racional y realista que posibilitara la subsistencia del sistema sin necesidad de tener que apartarse del texto constitucional.

Los fundadores del sistema constitucional no abrigaron la ingenua ilusión de que la Constitución se pudiera defender a sí misma. Las leyes son creadas, cumplidas y violadas por los hombres. Por el contrario, se esmeraron por difundir la educación cívica y por crear un conjunto de instituciones básicas, una maquinaria que, pese a ser manejada por seres imperfectos, egoístas y ambiciosos, pudiera funcionar correctamente para proyectar los intereses generales ligados con el florecimiento cultural, el desarrollo económico y la vigencia de la libertad.

Esas técnicas reflejaban el pesimismo, o quizás el realismo, sobre la actuación que cabe esperar de los hombres en la vida política. Sin embargo, su aplicación permitió el desenvolvimiento de un sistema vigoroso, lo suficientemente eficaz para asegurar la defensa del país y concretar la estabilidad interna. Esa estabilidad, si bien no fue su única virtud, permitió la proyección del país en el seno de las

naciones del mundo como modelo digno de admiración y respeto, y fue la fuente de un legítimo orgullo para varias generaciones.

La extensión de los derechos políticos, la demanda de participación política, el requerimiento de responsabilidades en los gobernantes y los gobernados, fueron elementos debidamente valorados por los constituyentes, quienes, con agudeza, encontraron las soluciones correctas. De tal modo, y superando el marco jurídico, la Constitución fue concebida como un instrumento de gobierno, como un auténtico símbolo de la nacionalidad y como una garantía eficaz para la libertad y dignidad del hombre; como un modelo de conducta cívica que permitiera consolidar a la comunidad nacional y le sirviera de guía cada vez que, por dolorosas circunstancias, se apartara del recto camino indicado por ella.

La Constitución fue concebida esencialmente para cristalizar el espíritu nacional y para proyectarlo, sin límites temporales, en un marco de libertad y responsabilidad.

Destacando este aspecto, Joaquín V. González señaló que *“no debe olvidarse que es la Constitución un legado de sacrificios y de glorias consagrado por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir; que ella dio cuerpo y espíritu a nuestra patria hasta entonces informe, y que como se ama a la tierra nativa y al hogar de las virtudes tradicionales, debe amarse la carta que nos engrandece y nos convierte en fortaleza inaccesible a la anarquía y el despotismo”* (383), agregando que *“la Constitución Nacional es uno de los instrumentos de gobierno más completos, más orgánicos, más jurídicos, sin ser por eso estrecho ni inmóvil, que hayan consumado los legisladores de cualquier país y época”* (384). En igual sentido, resaltando la proyección y aplicabilidad de la Ley Fundamental, Linares Quintana expresa que *“La Constitución Argentina es una de las más sabias, humanas, prudentes y perfectas constituciones del mundo”* (385).

La Constitución Nacional de 1853/60 fue una síntesis admirable de los objetivos perseguidos con motivo de la fundación de la Nación Argentina, empresa en la cual participaron activamente varias generaciones de argentinos y destacadas personalidades. Mariano Moreno, los integrantes de la generación de 1837, Dorrego, Etcheverría, Alberdi, Urquiza, Fray Mamerto Esquiú, Sarmiento,

---

(383) JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, p. 29, ob. cit.

(384) JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Estudios Constitucionales*, t. I, p. 14, ob. cit.

(385) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La Nación Argentina hecha ley*, p. 43, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires 1971.

Mitre, Mariano Fraguero, Mármol, Juan María Gutiérrez, Gorostiaga, Vélez Sarsfield, Carlos Tejedor, Valentín Alsina, Facundo Zuviría, todos ellos y muchos más, en distintos momentos y por diferentes medios, colaboraron en la formación de la Ley Suprema, armonizando los ideales existentes para forjar no una obra teórica emanada de las especulaciones de un gabinete, sino la real expresión de la historia, el sentimiento y las expectativas de un pueblo en función de la libertad del hombre.

Refiriéndose a la libertad constitucional, en la Convención Nacional Constituyente de 1957, Alfredo L. Palacios destacó: *"La Constitución ha servido de guía, ha sido el ideal permanente de los hombres que luchamos por la libertad y la hemos invocado en el Parlamento, en la cátedra, en la tribuna popular, sosteniendo que mientras haya una Constitución como la nuestra, habrá una luz que señalará el camino"* (386).

La formulación constitucional de 1853/60 respondió cabalmente a la doctrina del movimiento constitucionalista, concebido como un movimiento de verdadera superación humana (387) en el curso de la historia de la lucha del hombre por su libertad y su dignidad. Respondió a una concepción democrática de la vida social que, tras superar el enfrentamiento que mantuvo con ciertas ideas tradicionales, impregnadas por las formas sociales y políticas autoritarias del pasado, otorgó carácter prioritario al reconocimiento y a la protección de la libertad y la dignidad del hombre, forjando la instrumentación de un conjunto de recaudos y técnicas destinados a controlar y evitar el ejercicio abusivo del poder. Respondió a una idea política dominante que se impuso progresivamente, generando un firme proceso de perfeccionamiento social mediante la identificación del pueblo con los valores e ideales de libertad expresados en la Constitución Nacional.

El fundamento de la estructura constitucional y la finalidad suprema de las normas que la integran, reside en el reconocimiento y protección de la libertad humana. En el texto constitucional, y en cada una de sus disposiciones, aparece claramente establecida la preocupación por encausar la vida política y social hacia el amparo de la libertad y dignidad.

---

(386) Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1957, t. I, p. 316.

(387) ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA, *Significación Jurídica y Proyección Institucional de la Declaración de la Independencia*, p. 103, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires 1967.

Así, en el Preámbulo de la Constitución se declara que su establecimiento responde al propósito de asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino.

En la primera parte de la Constitución, genéricamente llamada *dogmática*, aparecen expuestas enunciativamente las libertades del hombre y los derechos establecidos para hacerlas efectivas. Especialmente, cabe recordar el principio general contenido en su art. 19, según el cual 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, y que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Asimismo, el art. 28 de la Constitución limita la potestad reglamentaria de las libertades, disponiendo que los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Finalmente, y como cláusula residual, el art. 33 incorporado en 1860 sobre la base de la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos, prescribe que 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.

Con dicha cláusula adquieren jerarquía constitucional todas las especies de la libertad natural del hombre y todas aquellas que conforman la esencia de un sistema gubernamental republicano, estén o no enunciadas explícitamente en el texto constitucional o en sus normas reglamentarias. Tanto las libertades ya existentes, como las libertades en embrión que nacerán como consecuencia del dinamismo social.

### 153. RELATIVIDAD DE LAS LIBERTADES CONSTITUCIONALES

La libertad, si bien constituye un valor supremo del hombre y de la sociedad, no es absoluta, sino solamente relativa. En un sistema democrático constitucional no existen las libertades absolutas. Todas ellas están sujetas a una serie de limitaciones que, al margen de las impuestas por los factores externos provenientes del espacio físico en donde el hombre desarrolla sus actividades, son establecidas para posibilitar una convivencia armónica y el cumplimiento de

los grandes fines que motivaron la creación de la organización política global.

La libertad constitucional es esencialmente limitada, pero siendo también el hombre esencialmente libre, tales límites, para su ejercicio a través de los derechos subjetivos, deben ser impuestos por ley en función del principio de legalidad y su interpretación debe ser restrictiva. No toda limitación legal resulta aceptable, sino solamente aquella que esté dotada de razonabilidad.

Además, por aplicación del principio de igualdad, las limitaciones a la libertad deben ser iguales para todos los hombres en igualdad de circunstancias.

Así, la legalidad, la razonabilidad y la igualdad condicionan la validez de las limitaciones establecidas a la libertad en un sistema constitucionalista.

La libertad originaria del individuo sólo puede ser concebida en forma absoluta cuando su vida se desarrolla de manera aislada respecto de sus semejantes y se abstiene de participar en la vida social. Pero el hombre es un ser social por naturaleza que, además de vivir, necesita convivir. La relación social resulta ineludible.

Apartándonos del análisis sobre las diversas concepciones filosóficas que precisan la naturaleza y fundamentación de la libertad, en la práctica resulta totalmente imposible imaginar al hombre en un mundo donde estuviera completamente aislado y reducido a sus propias fuerzas físicas. Semejante situación resulta inconcebible como consecuencia de la naturaleza del ser humano que, además de vivir corporalmente, necesita convivir espiritualmente entablando relaciones sociales.

El ser humano, como unidad corporal y espiritual indivisible, encuentra en la libertad la herramienta que lo eleva por encima de los valores materiales, proyectándolo hacia un universo infinito donde todo tipo de creación intelectual es imaginable. Sin embargo, en el marco de la convivencia social, esa libertad no puede ser absoluta, sino limitada con el propósito de armonizar su ejercicio por parte de todos los integrantes de la sociedad y con los intereses de la organización política.

La libertad originaria y natural del individuo es institucionalizada por la ley reglamentando su ejercicio en la vida social. Ello permite la coexistencia de las libertades individuales en una relación armónica que hace a la esencia de la vida en sociedad.

En un sistema constitucional, la inexistencia de libertades absolutas y el reconocimiento de libertades relativas se impone para ase-

gurar la subsistencia de las libertades. Ello es así, porque la libertad absoluta reconocida a algunos individuos desemboca en la absoluta negación de la libertad para otros individuos.

La limitación de la libertad, paradójicamente es el medio para asegurar la libertad de todos los individuos, forjando una convivencia armónica donde las potestades naturales de cada uno no pueden proyectarse hasta el extremo de desconocer las libertades de los demás miembros de la sociedad, ni de impedir el desenvolvimiento y bienestar de la comunidad. Pero, el carácter relativo de la libertad no es absoluto, pues está sujeto a ciertos límites. Si el relativismo fuera absoluto e ilimitado, la presencia de la libertad sería una simple expresión de deseos subordinada a la voluntad del gobernante de turno.

Las limitaciones a la libertad que, en rigor y jurídicamente, son limitaciones a los derechos del hombre, jamás pueden desembocar en la negación de la esencia de aquélla. La Constitución prevé una libertad limitada y condiciona la validez de esos límites a la igualdad, razonabilidad y al debido procedimiento legal. Las regulaciones a la libertad tampoco son absolutas, sino razonables en función del bien común. Ellas emanan de la ley en forma negativa o positiva. Son negativas cuando imponen una obligación de no hacer, y son positivas cuando establecen un deber de actuar en forma determinada.

Esas limitaciones a la libertad, traducidas legalmente en obligaciones de hacer o de no hacer, son deberes jurídicos impuestos a los individuos que restringen su libertad para posibilitar el ejercicio de las libertades por todos los individuos y para crear las condiciones necesarias que permiten el desarrollo y progreso social.

Las limitaciones a la libertad, configuradas por las obligaciones de hacer y de no hacer que establece la ley, son consecuencia del orden que presupone toda sociedad políticamente organizada. Una organización constituida para el logro de fines personalistas excluye la hipótesis de la libertad absoluta, porque el orden que ella configura se concreta en la imposición de obligaciones a las cuales debe adecuarse el comportamiento del hombre.

Toda libertad, traducida en un derecho, tiene su obligación correlativa. Para que la libertad sea efectiva a través del ejercicio de los derechos, es necesario que jurídicamente se prevean los deberes frente a ella. Esos deberes son los que permiten una convivencia armónica en libertad y la concreción de los grandes fines que motivan la creación de la organización política global.

De todos modos, en un sistema personalista, como lo es una democracia constitucional, la regla general es la plena vigencia de la

libertad, con las razonables limitaciones impuestas por los deberes jurídicos que la sociedad establece para sus integrantes.

Tales principios aparecen correctamente enunciados en la Constitución Nacional. Ella reconoce, en forma expresa o implícita, todas las libertades del ser humano a través de su institucionalización en derechos. Pero esas libertades no son absolutas, ya que el propio art. 14 de la Ley Fundamental se encarga de disponer que los derechos constitucionales deben ser puestos en funcionamiento conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.

A su vez, la cláusula del art. 14, al admitir las limitaciones por vía de la reglamentación, está sujeta a la previsión del art. 28, que establece que los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Esto significa que la reglamentación no puede tener un alcance tal que en la práctica se traduzca en el aniquilamiento de la libertad o en su desnaturalización. También significa que la reglamentación debe ser razonable, respetando la esencia del art. 19 de la Ley Fundamental, y que no puede ser fuente de desigualdades que, como tales, siempre serán arbitrarias.

La relatividad de las libertades constitucionales, en forma mediata, siempre debe tener sustento legal. Pero, de manera inmediata, puede ser generada tanto por una ley como por las relaciones jurídicas lícitas concertadas voluntariamente por los individuos. Ellos pueden restringir sus libertades e, inclusive, renunciar a algunas de ellas.

Así, el art. 19 del Código Civil dispone que es viable la renuncia particular de los derechos conferidos por las leyes, siempre que no revista carácter general. También el art. 872 de dicho Cuerpo legal establece que las personas pueden renunciar a los derechos que les son concedidos. Pero tales renunciaciones sólo son válidas si recaen sobre derechos conferidos en función de un interés particular. En cambio, no producen efectos jurídicos las renunciaciones de derechos que tienen un sustento de orden público o que estén vedadas por la ley. Se trata de una proyección de la cláusula contenida en el art. 19 de la Constitución.

La relatividad de las libertades también está expuesta en algunos de los tratados internacionales que enuncia el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que los derechos de las personas no son absolutos. Están limitados por los derechos de las restantes personas, por la

seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático (art. 28). Añade que la convivencia social debe expresarse de manera tal que todos, y cada uno de los individuos, puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad (art. 29).

La Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que toda persona tiene deberes respecto de la comunidad. Pero, en el ejercicio de sus derechos, solamente están sujetas a las limitaciones impuestas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Agrega que tales derechos no pueden ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios, esencialmente personalistas, de las Naciones Unidas (art. 29).

Similar criterio adopta la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dispone que las restricciones a los derechos sólo pueden ser aplicadas conforme a las leyes que se dictan por razones de interés general (art. 30). Esas leyes son las que imponen deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad, determinando que los derechos de una persona estén limitados por los derechos de los demás, por la seguridad general y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática (art. 32).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los derechos que garantiza pueden ser limitados por ley, pero sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el objeto exclusivo de promover el bienestar general en una sociedad democrática (art. 4º). Además, no son admisibles las restricciones de los derechos humanos reconocidos en un país por las leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, por la sólo circunstancia de no ser reconocidos por el Pacto o de merecer un reconocimiento de menor grado al dispensado por el derecho interno (art. 5º).

#### 154. PODER DE POLICÍA

La libertad constitucional no es la libertad tal como es concebida por las diversas corrientes del pensamiento filosófico, sino aquella que es reconocida y garantizada por la ley constitucional. La Constitución enuncia y reconoce las libertades, establece los derechos para garantizarlas y fija los límites para su desenvolvimiento en las relaciones sociales.



Esto significa que no podemos vincular al poder de policía con el Estado de Policía, como figura opuesta al Estado de Derecho porque, precisamente toda manifestación del poder de policía debe ajustarse a la Constitución. De manera que el poder de policía del Estado no es concebido como una imposición arbitraria, sino razonable y derivada de las necesidades que genera la convivencia social. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia destacó que *"la reglamentación que restringe aparentemente el derecho de algunos para garantizar el de todos, no puede considerarse en principio como agravante de la Constitución, pues esto importaría negar los altos fines que los constituyentes se propusieron al ordenarla, decretarla y establecerla"* (388).

La regulación práctica de la libertad y sus limitaciones, son establecidas por el llamado poder de policía que, a tales fines, ejercen los órganos gubernamentales. Los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, dentro del marco de sus funciones constitucionales, ejercen el poder de policía para la protección de los individuos, grupos sociales y del propio Estado. Su objetivo es limitar las libertades individuales y sociales en función del bien común.

La expresión *poder de policía* designa a la potestad constitucional del gobierno para establecer las regulaciones razonables sobre las libertades individuales, con el propósito de crear las condiciones propicias y necesarias en la sociedad para posibilitar el desenvolvimiento armónico de la convivencia social y satisfacer los requerimientos del bien común. Su ámbito específico es la limitación a las libertades individuales y sociales por razones de orden público, moral, seguridad y razonable conveniencia para el desarrollo y progreso de la sociedad.

### 155. CONCEPTO DEL PODER DE POLICÍA

El contenido y alcances del *poder de policía* no están mencionados en la Constitución Nacional, ni es conveniente que lo sean sobre la base de una definición claramente determinada. Ello obedece a la amplitud de su campo de aplicación y a la constante evolución de su contenido, que es expresión de los conflictos que se suscitan entre el interés particular y el interés general.

En tal sentido, dar una definición precisa y cerrada del poder de policía no se compadece con el dinamismo de la vida social. La dinámica social hace esencialmente variable, en tiempo y lugar, los ele-

---

(388) Fallos CS 155:185.

mentos constitutivos del interés general de una sociedad, y esa relatividad del bien común impide cristalizar los contenidos del poder de policía en su condición de potestad reglamentaria de los derechos.

El poder de policía es una potestad y una función del gobierno, expresada en reglas jurídicas que reglamentan las libertades y establecen un orden de convivencia al cual deben adecuarse los comportamientos de los hombres. Esas reglas de conducta, que como tales imponen el cumplimiento de los deberes que cada individuo tiene con respecto a los demás y a la comunidad, recaen sobre materias que conforman el bienestar general.

Así concebido, el poder de policía tiene por finalidad asegurar la libertad de todos, la armonía social, la seguridad pública, el orden público, la moralidad, la salud y el bienestar general, mediante normas jurídicas acordes con la Constitución que establecen limitaciones razonables a las libertades individuales que, de todos modos, no pueden alterar ni desconocer (389).

### 156. CARACTERÍSTICAS DEL PODER DE POLICÍA

El contenido asignado al poder de policía permite tipificar sus dos características fundamentales, que son la flexibilidad y su inalienabilidad.

El poder de policía es flexible en el sentido de que debe ser adecuado permanentemente a las cambiantes condiciones sociales, económicas y políticas de una sociedad, que hacen variar los alcances de la idea sobre el bien común en su relación directa con una situación específica y concreta. Las necesidades del bien común varían en función de los cambios que se operan en la idea política dominante, así como también por los hechos que se presentan en cada momento. Los requerimientos del bien común difieren según nos encontremos en un período de paz o de guerra, en una situación de crisis o estabilidad social, en una época de emergencia económica o de prosperidad.

Todo ello conduce a sostener que las normas generadas por el ejercicio del poder de policía no son uniformes en el tiempo ni en el espacio. Ciertas normas del poder de policía que pueden ser razona-

---

(389) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. IV, p. 154, ob. cit.

bles en un momento determinado, pueden resultar manifiestamente irrazonables en otras circunstancias, o en otros tiempos. Consecuentemente, la medida del poder de policía no es fija, sino variable en función de los cambios que se operan en las necesidades de la sociedad y en la idea política dominante.

El poder de policía es inalienable, en el sentido de que el gobierno no puede enajenar ni ser despojado de su titularidad y ejercicio. El ejercicio del poder de policía, que apunta a satisfacer el bien común, no puede dejar de pertenecer al Estado porque, precisamente, es uno de los medios fundamentales para que la organización política global cumpla con los fines que motivaron su creación. Ninguno de los órganos que conforman el gobierno puede ceder su cuota del poder de policía restringiendo su potestad y deber de velar y satisfacer el bien común en una sociedad. No se concibe una sociedad moderna políticamente organizada sin un poder de policía regulador que apunte a la promoción del bienestar general, porque el mismo integra el concepto de soberanía del poder estatal que condiciona la existencia del propio Estado.

Esto no significa que, en algunos casos específicos, el gobierno no pueda delegar transitoria y parcialmente el ejercicio del poder de policía. Ello será posible siempre que la delegación esté avalada por la ley que definirá su objeto y alcances para el caso concreto.

Bajo tales condiciones, es factible la delegación del poder de policía en los municipios, juntas vecinales, comisiones y particulares para concretar su eficiente ejercicio. Pero, de todas maneras, lo que se podrá delegar es el ejercicio del poder y no su titularidad. Además, quien lo ejerza bajo tales circunstancias, lo hará en su calidad de agente del gobierno, sujeto al control del mismo y con cargo de ajustarse estrictamente a las directivas gubernamentales.

Con tales características, el poder de policía aparece previsto en varios documentos internacionales, relacionado con el principio de legalidad.

A título de ejemplo, podemos citar el art. 29 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en 1948, según el cual *"En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática"*.

En igual sentido, el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone que *"Los Estados Partes se comprome-*

ten a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

### 157. SISTEMAS DEL PODER DE POLICÍA

Teniendo en cuenta la amplitud de los fines a que responde el ejercicio del poder de policía, se suelen distinguir dos sistemas: el europeo y el norteamericano.

En el sistema europeo, la tipificación del poder de policía está determinada, fundamentalmente, por la idea del orden público. El poder de policía tiene por finalidad mantener y proteger el orden público contra las perturbaciones y los ataques que puedan generar las exigencias individuales. Es función del Estado desarrollar una actividad que defienda el orden de la cosa pública estableciendo restricciones a las libertades individuales (390).

En la doctrina nacional, prestigiosos autores se han inclinado por la concepción europea del poder de policía, por considerar que, al restringir la noción de ese poder, se garantizan con mayor eficacia las libertades individuales frente a los excesos gubernamentales. Así, Bielsa enseñaba que el poder de policía restringe la libertad individual cuando ello es necesario para conservar el orden público, quedando englobadas en este último concepto la seguridad de las personas y de los bienes, y la integridad física y moral de los individuos (391).

A su vez, Bidart Campos destaca que el concepto del poder de policía en el sistema norteamericano equivale, por su generalidad, al del poder estatal, mientras que su concepto correcto se refiere a ese mismo poder cuando se ejerce para proteger la salubridad, la moralidad y la seguridad pública mediante la limitación de los derechos individuales (392), que es, precisamente, el concepto que integra al sistema europeo.

---

(390) R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, p. 463, Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1948.

(391) RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, t. IV, p. 10, Ed. El Ateneo, Buenos Aires 1947.

(392) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Derecho Constitucional*, t. II, p. 548, ob. cit.

En el sistema norteamericano, los fines del poder de policía se amplían considerablemente, sin quedar reducidos al concepto de orden público. El poder de policía no se limita a proteger el orden público, sino que se extiende a las medidas necesarias para promover el bienestar general y regular la vida social y económica en función del bien común de la sociedad. Esto, en modo alguno significa que pragmáticamente la intensidad y extensión del poder de policía sea mayor en el sistema norteamericano que en el europeo en desmedro de la libertad individual.

Esto es así, por cuanto en el sistema norteamericano se ha entendido que el titular de una libertad, por más amplia que ella sea, sólo puede ejercerla bajo la condición de que su uso no sea perjudicial para el disfrute de la misma libertad que tienen los demás individuos, ni perjudicial para el bienestar general y el bien común de la sociedad. Pero ello en modo alguno puede desembocar en la negación de las libertades individuales, o en la imposición a ellas de limitaciones carentes de razonabilidad.

El concepto de poder de policía expuesto por el sistema norteamericano, es el que progresivamente aceptó nuestra Corte Suprema de Justicia mediante su aplicación sobre materias vinculadas con la salubridad, la moralidad, la seguridad pública, la economía y, en general, sobre aquellas que revistieran interés público. Sin embargo, a nuestro juicio, no siempre fueron debidamente respetados los límites que establece el art. 28 de la Constitución para el ejercicio del poder de policía y para toda manifestación del poder estatal, en salvaguarda de la finalidad personalista de la organización política.

La evolución operada en el concepto del poder de policía se relaciona con la evolución experimentada en las funciones del Estado frente al bien común. Pero, si bien la Corte Suprema ha terminado por aceptar el concepto norteamericano de poder de policía, no ha hecho lo propio con el rol estatal, cuya configuración se aproxima al sistema europeo.

En el curso de esa evolución, la ampliación del poder de policía en la Argentina se basó sobre razones sociales de necesidad y prosperidad enunciadas por el Estado y satisfechas a costa del desamparo, a veces absoluto, de las libertades individuales. En cambio, en los Estados Unidos, la nueva dimensión del Estado conduce a apuntalar su función institucional en defensa de las libertades individuales, cuya armónica sistematización y desenvolvimiento social determinan el contenido del bien común.

Si bien el poder de policía no aparece expresamente mencionado en el texto de la Constitución, su contenido y finalidad emana de varias disposiciones de la Ley Fundamental.

Así, en su Preámbulo se destaca que la Constitución fue dictada con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad. El art. 14 dispone que el uso de las libertades constitucionales debe ser conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. El art. 19 declara exentas de la autoridad de los magistrados a las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero. El art. 75, inc. 18, asigna al Congreso la función de proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración, debiendo a tal efecto promover 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; todo ello mediante la sanción de leyes protectoras de tales fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo. El art. 75, inc. 32, también atribuye al Congreso la función de hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes concedidos por la Constitución al gobierno. Asimismo, y con relación a las provincias, el art. 125 establece que promoverán su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, mediante leyes protectoras de tales fines y con sus recursos propios.

La amplitud del poder de policía resultante de las disposiciones constitucionales, determina que su esfera de acción se extienda sobre el bienestar y la necesidad pública como conceptos que conforman la noción de bien común en un sistema político personalista.

Sobre tal base, y sistematizando los objetivos que persigue el poder de policía, su ejercicio debe ser el medio razonablemente necesario para:

- 1) el bienestar general, promoviendo el desarrollo material y espiritual de la comunidad;
- 2) establecer y preservar el orden, la paz, la dignidad y la tranquilidad públicos;
- 3) asegurar la moral pública, fomentando aquellos comportamientos y actitudes sociales que conduzcan al rechazo de las conductas públicas que debiliten a la moral, propicien el vicio, la indecencia o la corrupción social a través de un ejercicio irracional de las libertades constitucionales;

- 4) proteger la salud pública;
- 5) defender la seguridad pública;
- 6) fomentar las actividades productivas que repercuten favorablemente para el desarrollo material y espiritual de la comunidad;
- 7) preservar la conservación y explotación racional de las riquezas naturales del país (393);
- 8) fomentar la educación, en todas sus áreas, y el desenvolvimiento cultural.

En muchas oportunidades el ejercicio del poder de policía, particularmente por razones de emergencia económica o social en el marco de una política propia del Estado de bienestar, condujo a soluciones de dudosa constitucionalidad por la gravedad de las restricciones impuestas a las libertades individuales que, en más de una ocasión, llegaron al extremo fáctico de traducirse en un desconocimiento de ellas.

En 1922 la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de la legislación que reglamentaba el precio de la locación de inmuebles (394). Criterio del cual se apartó en 1926 por entender que, a ese momento, no era razonable mantener las restricciones extraordinarias impuestas por una legislación que había sido sancionada como medida excepcional para salvar una grave emergencia (395).

En 1934 la Corte Suprema declaró constitucional la legislación que había impuesto una moratoria hipotecaria (396). En su disidencia, el juez Roberto Repetto manifestó que *"La emergencia no crea el poder ni tampoco aumenta o disminuye la extensión acordada a una facultad; sólo da causa al ejercicio de los que expresa o implícitamente se hallen acordados en el instrumento constitucional"*.

La Corte Suprema avaló la prohibición del expendio de bebidas alcohólicas en los días domingo (397); la reducción de los alquileres y la prórroga de los contratos de locación (398); la paralización de los lanzamientos en los juicios de desalojo (399); la obligación de incluir

---

(393) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. IV, p. 207, ob. cit.

(394) Fallos CS 136:161 y 137:47.

(395) Fallos CS 144:219.

(396) Fallos CS 172:21.

(397) Fallos CS 157:28.

(398) Fallos CS 208:12.

(399) Fallos CS 243:474.

espectáculos artísticos en las salas de programación cinematográfica (400); el aumento de los sueldos dispuesto por el gobierno (401). Muchas de estas limitaciones a la libertad fueron periódicamente restablecidas por ley. Inclusive la máxima expresión del poder de policía está reflejada en la ley de abastecimiento 20.680 que, si bien fue parcialmente suspendida por el decreto 2284/91, es una amenaza real para la plena vigencia de la libertad constitucional.

### 158. LÍMITES DEL PODER DE POLICÍA

Así como las libertades constitucionales no son absolutas, el poder de policía tampoco es absoluto ni ilimitado.

El poder de policía representa una limitación al interés individual o social establecida por razones serias y ciertas de convivencia y de bienestar general. El interés general que necesariamente debe presuponer el poder de policía justifica que el Estado imponga límites a las libertades individuales. Pero las restricciones a esas libertades individuales no pueden ser arbitrarias, o responder a una concepción social y política absolutista, porque ello importaría desconocer la esencia personalista de la Constitución.

Es cierto que el poder de policía está limitado por la razonabilidad de la convivencia social y del bienestar general, que son los mismos presupuestos que avalan la limitación constitucional de las libertades individuales, pero también es cierto que la invocación de tales valores puede conducir al absurdo del desconocimiento o desnaturalización de la libertad individual. En tal caso, nos enfrentaremos con otro de los límites impuestos al poder de policía, que surge del art. 28 de la Constitución Nacional.

Por más razonable, conveniente o necesario que sea el ejercicio del poder de policía, el mismo no puede llegar al extremo de anular o desvirtuar las libertades individuales. Jamás el interés general puede desembocar en la negación de los valores personalistas de la Constitución y la plena vigencia, como regla general, de las libertades individuales que reconoce la Ley Fundamental.

Corresponde a los órganos políticos del gobierno determinar la existencia de las condiciones que avalan el ejercicio del poder de policía y los medios para alcanzar los fines generales que el mismo

---

(400) Fallos CS 247:128.

(401) Fallos CS 246:345 y 250:46.



presupone. Pero, si bien la determinación de la necesidad de acudir a la regulación de policía es facultad privativa de los órganos políticos, corresponde al órgano judicial verificar, en cada caso concreto, la razonabilidad de las medidas adoptadas, y si ellas no superan los límites contenidos en los arts. 19 y 28 de la Constitución. Ese control de constitucionalidad sobre el poder de policía, permite preservar el equilibrio entre los intereses generales y los intereses individuales en una relación armónica.

Una de las reglas fundamentales para apreciar la constitucionalidad del poder de policía, reside en verificar su razonabilidad; en determinar, en cada caso concreto, si las restricciones que impone el poder de policía a las libertades constitucionales son o no razonables.

La razonabilidad importa una relación proporcionada entre los medios y los fines. Radica en advertir si las restricciones a la libertad individual son indispensables y proporcionadas para alcanzar los fines de interés general que se invocan con motivo del ejercicio del poder de policía. Ello dependerá de las circunstancias existentes en cada caso y de la relación directa que debe mediar entre la restricción y el interés general.

El requisito de la razonabilidad excluye todas aquellas restricciones que cabe calificar como arbitrarias o caprichosas, así como también todas aquellas que son manifiestamente ineficaces o innecesarias para alcanzar los fines de interés general, o todas aquellas que se traduzcan en el hostigamiento u opresión de un individuo o grupo social determinado. Es, en definitiva, la regulación necesaria, indispensable y adecuada para satisfacer el bien común al momento de ser aplicada la norma de policía.

Esto significa que, si al momento de su aplicación, ya no se presentan los presupuestos fácticos que avalaban la restricción de una libertad, corresponderá al poder judicial dejar sin efecto aquellas limitaciones porque la ponderación de la razonabilidad no es una cuestión política exenta del control jurisdiccional.

La razonabilidad en el acto del poder de policía no debe ser probada, porque ella se presume. Todos los actos de gobierno, importen o no el ejercicio del poder de policía, disfrutan de una fuerte presunción de constitucionalidad y, como consecuencia, de razonabilidad. En cada caso concreto, su descalificación judicial requiere la prueba indubitable sobre la irrazonabilidad de la restricción impuesta a la libertad individual.

Pero si bien la regla de la razonabilidad es muy importante para apreciar la constitucionalidad del poder de policía, no configura el único requisito para verificar su adecuación a la Ley Fundamental.

A la razonabilidad se añade el principio de legalidad. Siempre, el ejercicio del poder de policía debe tener un fundamento legal que puede provenir, tanto de la Constitución, como de sus leyes reglamentarias. No puede haber limitación a los derechos que esté desprovista de sustento legal, ya sea directo o indirecto. La limitación debe provenir de una ley, o de una norma de jerarquía inferior que, a tales efectos, se base sobre una ley. Así, a título de ejemplo, puede emanar de un decreto del poder ejecutivo o de una ordenanza municipal. También de actos del órgano ejecutivo que sean consecuencia de la delegación de facultades legislativas conforme al art. 76 de la Ley Fundamental.

Pero, esa legalidad, debe ser tanto formal como material. Inclusive, frente a graves situaciones de emergencia que permitan acentuar la intensidad de las limitaciones a los derechos, ellas no pueden llegar al extremo de justificar el ejercicio de poderes exorbitantes que carezcan de sustento normativo constitucional. En definitiva, la legalidad del poder de policía jamás puede importar un absoluto desconocimiento de las libertades consagradas en la Ley Fundamental.

Cabe sintetizar los límites constitucionales del poder de policía en los siguientes:

- 1) su ejercicio debe resultar de la Constitución Nacional o, en su caso, de la respectiva constitución provincial;
- 2) debe emanar del órgano gubernamental constitucionalmente competente;
- 3) la restricción debe ser razonable;
- 4) debe existir una real necesidad impuesta de manera insoslayable por el interés general, es decir, alguno de los objetivos para cuya preservación puede ser ejercido el poder de policía;
- 5) debe responder a una necesidad real, intensa, efectiva o potencial que no pueda ser satisfecha sin imponer restricciones a las libertades individuales o sociales;
- 6) debe ser genérica, aplicable a todos los habitantes en igualdad de circunstancias, sin establecer discriminaciones para sus destinatarios;
- 7) es necesario que la restricción no supere los límites de los arts. 19 y 28 de la Constitución, conduciendo a la negación absoluta de una libertad constitucional o a la imposición de restricciones de una envergadura tal que desnaturalicen esa libertad.

- 8) Si bien, en casos de extrema gravedad, puede resultar razonable la suspensión de ciertos derechos, ella no puede abarcar el reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el principio de la irretroactividad, la libertad de conciencia y religión, la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad o los derechos políticos, así como tampoco las garantías judiciales para la protección de esos derechos. Esa enumeración, prevista en el art. 27, inc. 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reviste carácter enunciativo. De modo que, cabe añadir todas aquellas libertades que conforman la esencia de un sistema político republicano. Se podrá decretar su suspensión parcial y limitada en el tiempo, pero no de manera absoluta a la luz de las prescripciones contenidas en nuestra Ley Fundamental.

### 159. COMPETENCIA DE LA NACIÓN Y LAS PROVINCIAS EN MATERIA DE PODER DE POLICÍA

El ejercicio del poder de policía corresponde a todos los entes gubernamentales creados por la Constitución y en el marco de las funciones específicas que les corresponden a cada uno de ellos. Siendo función de todo gobierno promover el bienestar general, regulando la vida social y económica para satisfacer los requerimientos de la sociedad en orden al bien común, y velar por la vida, salud, moralidad, propiedad y seguridad de sus habitantes, el ejercicio del poder de policía es una potestad atribuida a la Nación, a las provincias y a los municipios.

Para deslindar el ejercicio del poder de policía entre la Nación y las provincias, corresponde tener presente que, en el sistema federal de Estado adoptado por la Constitución, las provincias conservan todo el poder no delegado en la Ley Fundamental al Gobierno Federal y el que expresamente se hayan reservado al tiempo de su incorporación al Estado Nacional. Así lo establece el art. 121 de la Constitución mediante una regla básica para determinar la competencia de la Nación y la de las provincias.

De acuerdo con este principio, el ejercicio del poder de policía corresponde primariamente a las provincias (402), y solamente pue-

---

(402) JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, p. 655, ob. cit. JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 400, ob. cit.

de ser ejercido por la Nación en los casos previstos en la Ley Fundamental como consecuencia de la delegación de los poderes provinciales. Asimismo, frente a una situación dudosa la solución debe apuntar a reconocer la competencia de las provincias.

Si bien el poder de policía es uno de los atributos no delegados genéricamente por las provincias, su ejercicio también corresponde al Gobierno Nacional, configurando una función concurrente a tenor de lo dispuesto por los arts. 75, inc. 18, y 125 de la Constitución. Tanto el Gobierno Nacional como los gobiernos provinciales tienen la potestad de ejercer el poder de policía dentro de sus límites jurisdiccionales, siendo incompatible el ejercicio de ambos poderes, nacional y provincial, en un ámbito territorial único y recayendo sobre la misma materia.

Sin embargo, el Gobierno Nacional puede, en determinados casos, ejercer su poder de policía en el ámbito territorial de las provincias, excluyendo la aplicabilidad de la potestad local. Tal es lo que resulta expresamente del art. 126 de la Constitución, que veda a las provincias el ejercicio de los poderes delegados a la Nación; celebrar tratados parciales de carácter político; expedir leyes sobre comercio o navegación interior o exterior; establecer aduanas provinciales; acuñar moneda; establecer bancos con facultad de emitir billetes sin autorización del Congreso Federal; dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería una vez que fueron sancionados por el Congreso; dictar leyes de ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; establecer derechos de tonelaje; armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación, dando luego cuenta al Gobierno Federal; nombrar o recibir agentes extranjeros y admitir nuevas órdenes religiosas.

Asimismo, y de manera implícita, el ejercicio del poder de policía está reservado a la Nación en todas aquellas materias sobre las cuales la Ley Fundamental le asigna competencia exclusiva.

No cabe duda de que, en el sistema constitucional argentino, las provincias disponen del poder de policía para el logro de los objetivos a que responde su ejercicio, y que el Gobierno Nacional no puede asumir una supervisión o control sobre la regulación policial de las provincias. Todo lo que puede hacer la autoridad federal, por medio de la vía judicial, es observar que las provincias, encubriéndose con el poder de policía, no invadan la esfera de la Nación, impidiendo u obstruyendo el ejercicio de toda autoridad que le confiere la Constitución, o privando a cualquier habitante de las libertades reconocidas por la Ley Fundamental sin respetar los límites de sus arts. 19 y 28.

Tratándose de una función concurrente, como resulta claramente de los arts. 75, inc. 18, y 125 de la Constitución, se plantea la cuestión consistente en determinar cuál es la solución aplicable cuando se opera una superposición jurisdiccional del poder de policía provincial y del de la Nación.

En cada caso concreto, corresponderá verificar si el ejercicio del poder de policía está destinado a satisfacer una necesidad genérica del país o un interés esencialmente local. Si la necesidad se relaciona con el bien común de toda la población, y presenta características uniformes en todo el país, las provincias solamente podrán ejercer el poder de policía cuando no lo haga efectivo la Nación. Pero si en tales hipótesis la Nación hizo ejercicio de su poder de policía, las provincias no podrán interferir en la materia policial ya regulada.

En síntesis, como regla general, el ejercicio del poder de policía corresponde a la Nación y a las provincias en sus respectivas jurisdicciones. Sin embargo, el ejercicio del poder de policía de la Nación se extiende al ámbito provincial y excluye al poder de policía local cuando: 1) la Constitución asigna el atributo exclusivamente a la Nación; 2) la Constitución prohíbe el ejercicio del poder de policía provincial sobre materias o cuestiones determinadas; 3) el ejercicio del poder de policía tiene por objeto promover el bienestar general en todo el país satisfaciendo una necesidad común a la población de todo su territorio.

Fuera de estos casos, las provincias pueden válidamente ejercer su poder de policía con sujeción a las cláusulas genéricas de sus constituciones y de la Constitución Nacional, y sin que pueda el gobierno nacional interferir en su ejercicio.

## 160. LEGALIDAD

La legalidad, junto con la razonabilidad y la igualdad, es una de las condiciones fundamentales a las cuales está sujeta la validez de todas las limitaciones que se establecen a las libertades constitucionales.

El principio de legalidad constituye el rasgo distintivo por excelencia del Estado de Derecho. Significa que en el seno de una organización política global impera solamente la voluntad de la ley, y no la voluntad de los gobernantes. Que toda decisión con la cual se pretenda imponer obligatoriamente una conducta determinada debe ser autorizada, en sus alcances y consecuencias, por una ley. Asimismo, también significa que las normas legales en un Estado de Derecho deben ser acatadas por igual tanto por los gobernados como por los gobernantes.

El concepto de legalidad no alude a una ley en sentido formal, sino a cualquier norma jurídica —ley, decreto, resolución, ordenanza—, que por su forma y contenido tenga validez para el ordenamiento jurídico.

Al condicionar la validez de las limitaciones que se impongan a la libertad constitucional, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica de los individuos, por cuanto nadie podrá ser sancionado en su persona o en sus bienes sino en virtud de una ley que así lo establezca. Toda decisión individual restrictiva de una libertad y emanada de las autoridades gubernamentales, debe ser dictada dentro de los límites establecidos por la Constitución en virtud de lo dispuesto por su art. 31.

El principio de legalidad, como especie del principio de juridicidad conforme al cual sólo son actos del Estado aquellos que se basan sobre una norma jurídica, ampara la libertad individual al requerir una razón suficiente para su limitación expresada en la Constitución, en una ley reglamentaria, decreto, ordenanza, edicto o cualquier acto gubernamental que, en su forma y esencia, se adecue a las prescripciones de la Ley Fundamental.

Destacando que la legalidad es presupuesto que condiciona la vigencia de una democracia constitucional, Sánchez Viamonte expresaba que *“toda facultad de carácter discrecional es, por su naturaleza antisocial y antijurídica. El ejercicio de cualquier autoridad debe mantenerse estrictamente dentro de un ámbito fijado de antemano por la Constitución y por la ley. Sólo la ley puede obligar a las personas a hacer determinadas cosas, o privarlas de hacer lo que ellas deseen”* (403). De ello se desprende que el desconocimiento del principio de legalidad permite estar en presencia del despotismo.

En numerosas oportunidades la Corte Suprema de Justicia destacó el valor esencial de la legalidad porque *“so pretexto de reglamentar, la ley no puede alterar los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución, porque no sólo puede haber en los pueblos presidentes o reyes que se hagan tiranos, sino también legislaturas o parlamentos que conviertan su potestad de dictar leyes en verdadero despotismo o den leyes injustas para usurpar otros poderes u oprimir la libertad y los derechos de los individuos del pueblo”* (404).

---

(403) CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 98, ob. cit.

(404) Fallos CS 17:22; 31:82; 98:20; 117:22, 48, 222 y 432; 128:453; 133:216; 136:200; 140:34; 156:48; 160:114; 169:309; 178:355; 184:531; 197:569; 199:157; 237:636; 254:116; 275:89; 298:717.

El principio de legalidad aparece claramente expuesto en el art. 19 de la Constitución, al disponer que 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, y que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Al margen de esa disposición genérica, existen otras cláusulas constitucionales en las cuales aparece expuesto el principio de legalidad, como requisito que condiciona la validez de las limitaciones a la libertad.

Así, para promover los recursos del Gobierno Federal, deben ser impuestos por ley los derechos de importación y exportación, la renta de correos, las contribuciones que se impongan a la población, los empréstitos y operaciones de crédito (art. 4º). La referencia a que las contribuciones deben ser establecidas por ley es reiterada por el art. 17 de la Constitución, reservando el ejercicio del poder impositivo al Congreso (arts. 52 y 75, incs. 1º y 2º).

La expropiación por causa de utilidad pública, como limitación a la propiedad privada, sólo puede ser establecida por ley y previamente indemnizada (art. 17).

Los servicios personales sólo son exigibles en virtud de una ley, o de una sentencia fundada en ley (art. 17).

El art. 18 de la Constitución establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por ley anterior al hecho de la causa. Una ley deberá determinar en qué casos y con qué justificativos podrá procederse al allanamiento y ocupación del domicilio, de la correspondencia epistolar y de los papeles privados.

El art. 14 dispone que será establecida por ley la reglamentación para el ejercicio de los derechos constitucionales, quedando entendido que ellos no podrán ser alterados por esa reglamentación legal (art. 28), y que el Congreso no puede conceder al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgar sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los individuos queden a merced de gobierno o persona alguna (art. 29).

El art. 32 prohíbe al Congreso dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

La obligación para todo ciudadano de armarse en defensa de la Nación y de la Ley Fundamental se hará efectiva conforme a las leyes que dicte el Congreso y a los decretos del Poder Ejecutivo (art. 21).

Corresponde al Congreso, por una ley especial, establecer la pena por el delito de traición, consistente en tomar las armas contra la Nación, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro (art. 119).

La inviolabilidad de la propiedad privada solamente cede en virtud de una sentencia fundada en ley (art. 17).

Todas estas cláusulas, a igual que otras de las cuales se deriva similar consecuencia, requieren indefectiblemente que las restricciones a las libertades constitucionales sean establecidas por una ley sancionada por el Congreso, cuyas cláusulas no pueden ser objeto de una interpretación extensiva sin vulnerar la esencia y finalidad personalista de la Ley Fundamental. Por igual razón, en aquellos casos que generen dudas sobre los alcances de una ley restrictiva para la libertad individual, su interpretación debe ser favorable al reconocimiento y no a la limitación de la libertad, por aplicación del principio *in dubio pro libertate*.

El principio de legalidad tiene particular importancia en materia penal, habiendo sido recogido en diversos documentos internacionales. Así el art. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: *"Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello"*.

Con mayor claridad aparece expuesto en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con motivo de la reserva formulada por el Estado Argentino. El art. 15 contiene dos incisos. El primero tiene un contenido similar a la norma citada en el párrafo anterior. El segundo establece que *"Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional"*. Cuando el Pacto fue objeto de aprobación por la ley 23.313, en su art. 4º se estableció: *"El Gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional"*.



Con semejante reserva resulta inviable desconocer el principio de legalidad invocando el derecho o la costumbre internacional. Pese a ello, y sin que esa reserva mereciera consideración alguna, la mayoría de los jueces de la Corte Suprema de Justicia desconocieron expresamente el principio de legalidad en materia penal al decidir los casos "Arancibia Clavel" (405), "Espósito" (406) y "Simón" (407) generando un peligroso precedente para nuestro orden institucional (408) forjado por el deseo de satisfacer ciertos intereses políticos sectoriales.

## 161. IGUALDAD

En un sistema democrático constitucional personalista, como el organizado por la Constitución Nacional, los conceptos de libertad e igualdad están indisolublemente ligados, si bien reflejan ideas diferentes.

Se trata de dos conceptos que son antitéticos y a la vez complementarios. La libertad es la energía natural que determina la acción social del hombre, sujeta a las limitaciones legales necesarias para proteger las libertades de los demás, posibilitar una relación social armónica y dar cumplimiento a los fines que motivan la creación de la organización política global. La igualdad es la nivelación externa de los hombres para el ejercicio de la libertad.

Si se pretende nivelar todas las desigualdades existentes entre los hombres, será necesario limitar sus libertades. Asimismo, si se pretende resguardar la libertad en sus más amplias expresiones, necesariamente se desembocará en el reconocimiento de las desigualdades humanas. En una proyección teórica, y en el marco de un gabinete de estudio, se puede afirmar que cuando mayor sea la libertad menor será la igualdad y, viceversa, cuando más extensa sea la igualdad, más amplias serán las restricciones que se establecen para la libertad.

---

(405) Fallos CS, 327:3312; LA LEY, 2004-F, 296.

(406) LA LEY, 2005-C, 1.

(407) LA LEY, 2005-E, 320.

(408) Sobre el tema, resultan ilustrativos los análisis efectuados por HORACIO GARCÍA BELSUNCE (*Reflexiones jurídicas en torno de la doctrina de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires 2004) y ALFONSO SANTIAGO (H.) (*La dimensión temporal del derecho y el consciente y deliberado apartamiento de los principios de legalidad e irretroactividad en materia penal por parte de la Corte Suprema argentina en el caso Simón*, *El Derecho*, 14 y 15 de noviembre de 2005).

Sin embargo, a pesar de esta visión antitética, es intensa la relación que existe entre la libertad y la igualdad, porque no puede haber una auténtica libertad sin igualdad, ni tampoco igualdad sin libertad.

Esto impone la necesidad de precisar la relación armónica que debe mediar entre la libertad y la igualdad en un sistema personalista; en un sistema político donde su finalidad última no es precisamente la igualdad, sino la libertad, aunque no la libertad absoluta, sino la libertad con dignidad, una libertad que dignifica a la persona humana.

En un sistema constitucionalista, la igualdad es un valor jerárquicamente inferior a la libertad, pero también es un presupuesto indispensable para la vigencia de la libertad. El equilibrio para la manifestación armónica de ambos valores en una democracia constitucional se concreta mediante la aplicación del principio de razonabilidad, aunque teniendo en cuenta que la libertad es el fin y la igualdad un valor instrumental. Caso contrario, estaremos en presencia de un sistema político autocrático, donde la más perfecta igualdad se traduce en el aniquilamiento de la libertad o, si se quiere, en la igualdad en la esclavitud (409). Solamente en un sistema absolutamente totalitario es concebible que los hombres convivan en una completa igualdad que desconozca coactivamente las diferencias espirituales y materiales existentes entre ellos.

Así como la libertad constitucional es la libertad jurídica, la igualdad constitucional es también la igualdad jurídica y no la igualdad natural, especie esta última que no existe en el estado de naturaleza.

En el ámbito de la naturaleza, los hombres son esencialmente desiguales en su conformación física. El color de la piel, el sexo, el peso, las dimensiones, los rasgos, son algunos de los elementos físicos que evidencian la desigualdad. A ellos, en el curso de la vida, se añaden otros como la edad y la salud. Asimismo, en el marco de las relaciones sociales, se advierten nuevas desigualdades en la aptitud intelectual y capacidad moral de los individuos. Los hombres no son iguales sino, por el contrario, desiguales, presentando diferentes características físicas e intelectuales que gravitan sobre su desarrollo, tipificando su personalidad individual en las relaciones sociales.

La igualdad jurídica no propicia suprimir en forma absoluta las desigualdades naturales, pero tampoco aceptarlas en su totalidad, porque estaría gestando una igualdad meramente nominal que en ambos casos desnaturalizaría la libertad constitucional (410).

---

(409) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. IV, p. 257, ob. cit.

(410) SUSANA CAYUSO, *El principio de igualdad en el sistema constitucional argentino*, LA LEY, 2003-F, 1380.

En principio, la igualdad jurídica debe reflejar las desigualdades naturales. La igualdad constitucional no anula las diferencias que la naturaleza establece entre los hombres, porque ello importaría un trato igualitario ante distintas circunstancias y situaciones, conduciendo paradójicamente a una desigualdad. La igualdad jurídica, traducida en la igualdad ante la ley, significa que todos los hombres están reconocidos como titulares de derechos y obligaciones, que son iguales bajo las mismas circunstancias y las mismas condiciones razonables frente al poder estatal.

Si bien la igualdad jurídica se atiene a la igualdad natural, procura compensar la desigualdad de condiciones en que se encuentran los hombres cuando ellas carecen de razonabilidad a los fines de su desarrollo, progreso y dignidad. Excluye solamente las diferencias arbitrarias que conducen a favorecer a unos en desmedro de otros, pero respeta las diferencias razonables que son consecuencia de las aptitudes intelectuales de los hombres.

Asimismo, y en el marco del constitucionalismo social, el Estado tiene el deber de fomentar la igualdad de oportunidades adoptando las medidas conducentes para que, ciertos sectores sociales, puedan acceder por sus propios méritos a escalas de nivel superiores a las que se encuentran. En otras palabras, para que exista la movilidad social que desarticula la estratificación social.

La igualdad jurídica consiste en que la ley debe ser igual para todos los iguales en igualdad de circunstancias, y que no se pueden establecer privilegios que concedan a unos lo que se niega a otros bajo las mismas circunstancias. Así, la igualdad supone la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición, porque lo contrario sería legalizar la desigualdad. A título de ejemplo, la ley autoriza a ejercer ciertas profesiones liberales solamente a todos aquellos que dan cumplimiento a determinadas condiciones intelectuales y éticas. Todos los hombres pueden aspirar a su ejercicio, pero solamente lo podrán hacer efectivo aquellos que cumplan con iguales requisitos de idoneidad establecidos por la ley.

Todos los seres humanos sujetos a determinada legislación deben recibir igual trato si se encuentran en idénticas circunstancias y condiciones. La igualdad constitucional no impide que la ley contemple en forma distinta situaciones que son diferentes, siempre que la discriminación consecuente no sea arbitraria, o importe un privilegio personal, ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas.

Aceptar la legalidad de las discriminaciones razonables no importa vulnerar el principio de la igualdad jurídica. Una discrimina-

ción basada sobre iguales razones técnicas o de idoneidad objetiva no es contraria a la regla de la igualdad. La Constitución no impide al legislador que establezca discriminaciones con respecto a cosas, personas o situaciones que son diferentes, es decir, carentes de igualdad, siempre que ellas tengan un fundamento razonable y no resulten manifiestamente arbitrarias.

En síntesis, la igualdad jurídica que prevé la Constitución significa que la ley debe ofrecer iguales soluciones para todos los que se encuentran en igualdad de condiciones y circunstancias. Asimismo, que no se pueden establecer excepciones o privilegios que reconozcan a ciertas personas lo que, en iguales circunstancias, se desconozca respecto de otras. Finalmente, que las discriminaciones o desigualdades que resulten de la ley no deben ser arbitrarias, sino razonables y justas porque, en principio, toda discriminación legal está acompañada por una presunción de invalidez, a menos que se pruebe su razonabilidad.

La relación armónica entre la libertad y la igualdad impone recordar que jurídicamente no puede haber libertad absoluta, ni tampoco igualdad absoluta. La igualdad absoluta no solamente desconoce las desigualdades naturales de los hombres, sino también importa anular la esencia de la libertad.

Además, la igualdad constitucional, que se traduce en la igualdad ante la ley, con la consecuente obligación para el Estado de asegurar un trato igualitario de los individuos en sus relaciones con el poder, no se traslada necesariamente al ámbito de las relaciones sociales particulares que no afectan el orden público, ni la moral pública o las buenas costumbres. Caso contrario, se estará vulnerando el ejercicio razonable de la libertad. Así, son aceptables las discriminaciones políticas, sociales, religiosas, por razones de nacionalidad, sexo o posición económica que establezcan los particulares para participar en determinadas asociaciones, clubes, colegios, empresas u otros emprendimientos, siempre que ellas no generen un perjuicio para el orden público, o que sean manifiestamente arbitrarias.

El principio constitucional básico en materia de igualdad resulta del art. 16 de la Ley Fundamental, que prohíbe las discriminaciones por razones de sangre o de nacimiento, desconoce los fueros y los títulos nobiliarios, proclama que todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad, y concluye señalando que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Pero la referencia constitucional no se agota con el art. 16, pues existen otras disposiciones complementarias que, en forma expresa o implícita, desarrollan el principio de la igualdad.

Así, el art. 15 prohíbe la esclavitud y todo contrato de compra y venta de personas.

El art. 14, en forma igualitaria, reconoce las libertades constitucionales a todos los habitantes del país.

El art. 20 extiende a los extranjeros el reconocimiento de todas las libertades civiles de los ciudadanos, enunciando la de ejercer su industria, comercio y profesión, poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos, navegar los ríos y costas, ejercer libremente su culto, testar y casarse conforme a las leyes.

El art. 14 nuevo, incorporado en 1957, asegura a los trabajadores igual remuneración por igual tarea.

El art. 4º dispone que las contribuciones directas que imponga el Congreso deben ser proporcionales. El art. 75, inc. 2º, establece que las contribuciones directas que imponga el Congreso deben ser proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación.

El art. 8º afirma que los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás provincias.

El art. 37 establece la igualdad del voto, y la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para acceder a los cargos públicos y partidarios.

El art. 75, inc. 19, dispone que la legislación nacional que organice la educación debe asegurar la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna.

El art. 75, inc. 23, establece que corresponde al Congreso promover medidas legislativas que garanticen la igualdad real de oportunidades y el ejercicio de los derechos constitucionales, en particular respecto de los niños, mujeres, ancianos y discapacitados.

Las disposiciones constitucionales referentes a la igualdad ante la ley, tienen lejanos antecedentes en nuestro ordenamiento jurídico positivo. Entre ellos, cabe citar el decreto sobre honores aprobado el 6 de diciembre de 1810 y redactado por Mariano Moreno, los decretos que sobre la materia dictó la Asamblea Constituyente de 1813 y el proyecto de Constitución elaborado en 1813 por la Sociedad Patriótica, cuyo art. 8º definía la igualdad como consistente "*en que la ley, bien sea preceptiva, penal o afflictiva es igual para todos, y asiste igualmente al poderoso que al miserable, para la conservación de los derechos que cada uno disfruta*". Esta disposición fue reproducida por el Estatuto Provisional de 1815 (art. 2º, cap. 1) y por el Reglamento Provisorio de 1817 (art. 2º, cap. 1, sec. 1).

La Constitución de 1819 disponía que *“los hombres son de tal manera iguales ante la ley, que ésta, bien sea penal, preceptiva o tuitiva, debe ser una misma para todos, y favorecer igualmente al poderoso que al miserable para la conservación de sus derechos”* (art. 110). El contenido de este artículo fue reproducido por el art. 142 de la Constitución de 1826. En el art. 17 del proyecto de Constitución de Alberdi, se establecía: *“La ley no reconoce diferencia de clase ni persona. No hay prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay fueros personales; no hay privilegios, ni títulos de nobleza. Todos son admisibles a los empleos. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. La ley civil no reconoce diferencia de extranjeros y nacionales”*.

El principio de igualdad también aparece expuesto en importantes documentos internacionales. Así, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas, establece: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”* (art. 1º). Añade que *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”* (art. 2º); y que *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”* (art. 7º).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Ley 23.054, establece: *“Los Estados Partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”* (art. 1º); *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”* (art. 24).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 23.313, contiene una disposición similar, por la cual *“cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su*

*territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"* (art. 2º). Añade que los Estados parte se obligan a garantizar, a hombres y mujeres, la igualdad en el goce de los derechos civiles y políticos (art. 3º), y que todas las personas son iguales ante los tribunales de justicia (art. 14). A su vez, el art. 26, reiterando lo expuesto en el art. 2º, establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección, quedando prohibida toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, políticos o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, por nacimiento o cualquier otra condición social.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece el principio de la igualdad y que todas las personas tienen los derechos y deberes por ella consagrados sin distinción de raza, sexo, idioma o credo (art. 2º). Agrega que el derecho a la educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, conforme a sus dotes naturales, méritos y deseos de aprovechar los recursos emanados de la comunidad y el Estado (art. 12).

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer condena toda distinción, exclusión o restricción basada sobre el sexo que apunte a menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de sus derechos, en un plano de igualdad con el hombre (art. 1º).

Aplicando las normas constitucionales, la Corte Suprema de Justicia, en numerosos pronunciamientos, destacó que la garantía del art. 16 de la Ley Fundamental otorga amplia libertad al legislador para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación. Pero la validez de estas catalogaciones está condicionada a que emanen de causas objetivas o razones sustanciales, para evitar toda disparidad o asimilación injustas, a las que conducirían criterios arbitrarios de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de ilegítima persecución (411).

Para que exista violación al principio de igualdad ante la ley, *"no sólo ha de existir discriminación, sino que además ella deberá ser arbitraria"* (412).

---

(411) Fallos CS 313:410 y 1513.

(412) Fallos CS 313:1638.

*“La igualdad no puede considerarse violada si la norma legal no fija distinciones irrazonables ni está inspirada en fines de ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas” (413).*

La prohibición de ejercer la docencia en establecimientos privados impuesta a los extranjeros, importa una discriminación vedada por el art. 20 de la Constitución porque, *“Si bien es cierto que la Constitución no consagra derechos absolutos, y que los consagrados en ella deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan, esa reglamentación, en lo que hace a los derechos civiles, no puede ser dictada discriminando entre argentinos y extranjeros, pues entonces no constituiría un ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria porque entraría en pugna con otra norma de igual rango que la reglamentada” (414).*

La doctrina establecida en el citado caso *“Repetto”*, fue limitada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en el caso *“Asociación por los Derechos Civiles”*, resuelto el 31 de marzo de 2005 (415). *La mayoría del tribunal consideró que la doctrina resultante del caso “Repetto” solamente reconocía el derecho de los extranjeros para acceder a cargos docentes en establecimientos privados. En cambio, la ley local 668, disponía la condición de argentino nativo, por opción o naturalizado para ejercer la docencia en establecimientos públicos, sin perjuicio de permitir, a los extranjeros, el ingreso a la docencia en el área de la educación superior cuando existen razones de idoneidad que así lo requieren. Para la mayoría existían razones de interés y orden público relacionadas con la educación de la juventud conforme a los valores nacionales que avalaban la validez constitucional de la norma. En cambio, la minoría calificó de inconstitucional a esa limitación por no existir razones suficientes para justificar el apartamiento del principio de igualdad establecido por el art. 20 de la Constitución, e invocó en sustento de su postura el precedente establecido por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso “Brown v. Board of Education” (416).*

Entendemos que, a los fines del ejercicio de la docencia, la nacionalidad no es una causal objetiva válida de idoneidad conforme al art. 16 de la Constitución, sino una discriminación arbitraria que no se compadece con nuestras tradiciones ni con la interpretación finalista de la Ley Fundamental.

---

(413) Fallos CS 315:135.

(414) Fallos CS 311:2272.

(415) El Derecho, 1º de diciembre de 2005.

(416) 347 US 483 y 349 US 294.



La doctrina "Repetto" fue aplicada por la Corte Suprema para permitir el acceso de los extranjeros, no sólo a los empleos privados, sino también públicos. En el caso "Calvo y Pesini" (417) el Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una norma de la provincia de Córdoba que exigía la nacionalidad argentina para ingresar como personal permanente en un hospital público.

Tras citar los fundamentos expuestos en el caso "Repetto", la Corte destacó que *"la cuestión consiste en esclarecer si media un razonable interés estatal que justifique la restricción que sufre Rocío Calvo y Pesini, por su condición de española, de asistir a los pacientes que requieran su apoyo terapéutico como psicóloga en el Hospital Neuropsiquiátrico. Que en lo atinente al empleo público, el concepto de idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o el reglamento. La aptitud técnica, física y en particular la moral configuran exigencias de carácter genérico en tanto otras, como la ciudadanía, lo son para determinadas funciones... En algunos casos, expresas disposiciones constitucionales imponen para ejercer derechos políticos determinadas exigencias, entre ellas la ciudadanía (arts. 48, 55, 89 y 111 de la Constitución); en otros puede provenir del ejercicio de la facultad del Congreso prevista en el inc. 19 del art. 75 o de la intervención acordada al Poder Ejecutivo Nacional (art. 99, incs. 2º y 7º). Que expuestas las consideraciones precedentes, corresponde decidir si la condición de argentino contenida en el art. 15 de la ley 7625 supone un requisito de idoneidad adecuado a la función o empleo, en este caso, el desempeño como psicóloga en un hospital público. Esto es, juzgar de la condición en concreto. No otra cosa ha hecho este Tribunal en Fallos 290:83 cuando al considerar la exigencia de la ciudadanía para los cargos de prácticos marítimos la justificó como razonable en tanto vinculó la función con la seguridad y soberanía de la República, aunque reconociendo que su fundamento era opinable. Que habida cuenta de lo expuesto, en particular del principio general que consagra el art. 16 en favor de todos los habitantes y el reconocimiento pleno de los derechos de los extranjeros al ejercicio de su profesión, rasgo dominante en la vocación igualitaria de la Constitución, parece propio exigir una justificación suficiente de la restricción consagrada en la ley 7.625, extremo que de modo alguno ha satisfecho la demandada, limitada a una dogmática afirmación de su postura que excluye la acreditación de su razonabilidad o del interés estatal que la ampare".* La Provincia se había limitado a sostener que la prescripción legal emanaba de las facultades que competen a la autonomía provincial, en la reglamentación del art. 16 de la Constitución para el acceso a empleos públicos.

En materia penal, la Cámara Nacional de Casación Penal, sala 1ª, declaró constitucional el art. 64, inc. a), de la ley 25.871 en cuanto establece como modalidad punitiva la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado por la comisión de un delito en el país, una vez cumplida la pena impuesta, solución que es absolutamente inaplicable tratándose de nacionales. Con referencia al caso concreto, el tribunal consideró que no se violaba el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros cuando, estos últimos, no tienen familiares y amigos en el país, no conocen debidamente el idioma español y nuestra sociedad les resulta extraña (418). Solución que estimamos razonable tratándose de extranjeros que carecen de autorización válida para residir en el país o si ella está extinguida. Pero, si la autorización tiene vigencia, consideramos que la expulsión estará condicionada a la previa caducidad de ella dispuesta por autoridad competente y sujeta al principio de legalidad.

En el caso "*Hooft*" (419), resuelto el 16 de noviembre de 2004, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 177 de la Constitución de la provincia de Córdoba que exige, para ser juez de cámara, ser argentino nativo o por opción excluyendo a los argentinos naturalizados, por considerar que el precepto violaba el principio de igualdad ante la ley. El Alto Tribunal entendió que el requisito era irrazonable considerando que el mismo no está previsto para quienes pretenden acceder a la magistratura de primera instancia, que desempeñaba el accionante, máxime teniendo en cuenta que en ambos casos se juzga sobre la vida, la libertad y la propiedad de las personas y se ejerce el control de constitucionalidad confiado por la Ley Fundamental a todos los jueces ya sean nacionales o provinciales. La Corte, tras citar el precedente del caso "*Calvo y Pesini*", destacó: "*Que 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*".

Preservando el principio de igualdad, la Corte Suprema dispuso que importaría avalar una discriminación arbitraria e irrazonable

---

(418) Caso "*Chukura O'Kasili, Nicholas*", resuelto el 28 de febrero de 2005 (Jurisprudencia Argentina, 4 de mayo de 2005; LA LEY, 2005-C, 223).

(419) Caso "*Hooft, Pedro c. Provincia de Buenos Aires*". Fallos CS 327:5118; LA LEY, 2005-A, 295; 2005-B, 410.

desconocer la decisión adoptada por el Consejo Superior de la Universidad de Córdoba al transformar, el Colegio Nacional de Monserrat, en un establecimiento de educación mixta (420).

Lesiona el principio de igualdad la decisión normativa provincial que impone el límite de 75 años para ejercer la función notarial ya que, *"sin razón atendible, se ha establecido una discriminación en perjuicio de los escribanos que lleguen a la edad aludida, y no lo ha hecho respecto de otros profesionales con título universitario que ejercen funciones de relevancia social similar a la de aquéllos"* (421). Destacó que *"la limitación temporal del ejercicio de la profesión aludida no guarda adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, pues el sólo hecho de alcanzar la edad de 75 años no revela la ausencia de condiciones para cumplir la función encomendada"*.

En cambio, la Corte Suprema no consideró irrazonable la limitación que, por razones de edad, se impone para el ejercicio de la docencia universitaria, prescindiendo del principio de idoneidad. Expresó que, *"En este sentido, cabe recordar que la Corte ha dicho, reiteradamente, que la fijación de los límites temporales para el nacimiento o la extinción de los derechos, cuando se produce un cambio en el régimen jurídico, es un recurso legítimo, con el que no se vulnera la igualdad constitucional (doctrina de Fallos 278:108 y 300:893, entre otros)"* (422). Consideramos que semejante doctrina avala una discriminación arbitraria en función de la edad, desprovista de toda razonabilidad científica.

Las disposiciones constitucionales referentes al principio de igualdad merecen una consideración especial con respecto a las prerrogativas de sangre, nacimiento y discriminación racial, los fueros personales y reales, la igualdad fiscal y el acceso a los cargos públicos.

## 162. PRERROGATIVAS DE SANGRE, NACIMIENTO Y DISCRIMINACIÓN RACIAL

El art. 16 de la Constitución establece que no se admiten las prerrogativas de sangre, de nacimiento, ni los títulos de nobleza.

---

(420) Fallos CS 323:2659.

(421) Fallos CS 325:2968. Caso "Franco".

(422) "Argüello, Luis c. Universidad Nacional de Tucumán", sentencia del 16 de noviembre de 2004 (El Derecho, 30 de diciembre de 2005). Fallos CS 307:1964.

En un sistema político democrático constitucional, donde la igualdad jurídica procura reflejar la igualdad natural de oportunidades para los hombres, toda diferenciación legal que se establezca entre ellos, o toda prerrogativa legal que se les conceda con motivo de su nacimiento, resulta arbitraria e irrazonable. La circunstancia de que algunos hombres posean cualidades físicas o intelectuales que les permitan afrontar la vida social bajo mejores condiciones que los demás, en modo alguno justifica que la ley les dispense un tratamiento diferencial por el hecho de su nacimiento. Ya sea preferente o restrictivo de sus libertades.

Una clara aplicación de estas conclusiones está expuesta en el art. 15 de la Constitución, que, reproduciendo el ideal reflejado en los documentos constitucionales sancionados a partir de 1810, establece: *"En la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración (423). Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República"*.

Otro tanto acontece con la situación constitucional de la población indígena que, sin perjuicio de la referencia a ellos contenida en el art. 75, inc. 17, de la Ley Fundamental, están equiparados a todos los habitantes del país. Así lo dispusieron, en su momento, el decreto del 1º de septiembre de 1811 de la Junta de Gobierno, el decreto del 12 de marzo de 1813 de la Asamblea Constituyente y el art. 128 de la Constitución de 1819.

Las prerrogativas de sangre y la discriminación racial, que pueden ser aceptables en un sistema político transpersonalista, constituyen violaciones a la dignidad humana que, con la libertad, hacen a la esencia de un sistema personalista. Son formas arbitrarias, en función de la idea política dominante, que desconocen el principio de igualdad (art. 16 CN).

En el orden internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en ese documento, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (art. 2º). Añade que todas las personas son

---

(423) Nunca fue sancionada una ley estableciendo tales indemnizaciones.

iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley y contra toda discriminación que infrinja la Declaración, y contra toda provocación a tal discriminación (art. 7°).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 1°, condena toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, reproduciendo el texto del art. 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Precizando su contenido, impone a los Estados el deber de prohibir por ley toda propaganda y apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia, o cualquier otra acción similar que responda a cualquier motivo, incluyendo los de raza, color, religión, idioma u origen nacional (art. 13, inc. 5°).

El deber impuesto a los Estados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos se amplía en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. En su art. 4° establece tres obligaciones para los Estados Partes:

- 1) Declarar por ley, como acto punible, toda difusión de ideas basadas en la superioridad u odio racial, toda incitación a la discriminación racial, todo acto de violencia o incitación a cometer tal efecto, contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación.
- 2) Declarar ilegales las organizaciones racistas, la propaganda y toda actividad que promueva la discriminación racial e inciten a ella. La participación en tales organizaciones o actividades, debe constituir un delito penado por la ley.
- 3) Prohibir que las autoridades o instituciones públicas promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

Sobre la base de esos tratados internacionales, el 3 de agosto de 1988 fue sancionada la ley 23.592, que contiene una norma de naturaleza civil y otra de carácter penal.

La primera (art. 1°) califica como acto ilícito civil todo impedimento, obstrucción, restricción o menoscabo que alteren arbitrariamente el ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías constitucionales. Asimismo, otorga al damnificado el derecho a requerir que se deje sin efecto el acto discriminatorio y a demandar la indemnización del daño moral y material que se le hubiera ocasionado. Su aplicación requiere que el acto constituya: 1) una discriminación arbitraria; 2) un menoscabo para el ejercicio de los derechos constitucionales.

La segunda (art. 2°) eleva, en un tercio el mínimo y en un medio el máximo, la escala penal de todo delito reprimido por la ley cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Añade una figura penal por la cual se reprime, con prisión de un mes a tres años, a quienes participen en una organización o realizen propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza, religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma (art. 3°). Igual pena se deberá aplicar a quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupo de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.

Se trata de una ley que otorga operatividad a los tratados internacionales citados, y cuya sanción fue realizada en ejercicio de las facultades previstas en el art. 75, inc. 12, de la Constitución. Tal circunstancia descalifica constitucionalmente la validez de las leyes provinciales que regulan la materia previendo contravenciones. Esto es así, porque las provincias no pueden establecer sanciones de tipo contravencional en ámbitos que ya fueron previstos por el Gobierno nacional dictando normas civiles y penales.

Sin perjuicio del loable fin perseguido, que resulta de una interpretación sistemática de nuestro texto constitucional —entre otros, los arts. 14, 15, 16, 17, 18, 20, 75 inc. 18 y 125—, y de nuestra condena a toda forma de discriminación racial, religiosa o social, consideramos que las normas citadas no son aplicables cuando se emiten ideas que, sobre la base de estudios científicos, sostienen las características en ciertas áreas de algunos grupos raciales o sociales, sin incitar a la discriminación o a la violencia racial. Asimismo, la emisión de ideas raciales o religiosas es lícita, a menos que propicien una discriminación arbitraria, o configuren una apología del delito o del delincuente.

Tampoco configuran actos de discriminación arbitraria condicionar el ingreso a colegios confesionales a la pertenencia a determinada religión; requerir cierta ascendencia étnica para formar parte de asociaciones basadas sobre comunidades nacionales o regionales; negar la incorporación de los varones a entidades constituidas exclusivamente para mujeres, o viceversa; imponer determinada vestimenta para ingresar a ciertos establecimientos educacionales privados; adoptar medidas brindando un trato preferencial a ciertos grupos sociales que, por sus propios medios, no pueden acceder a ciertas categorías como la del estudiante universitario o propietario de una vivienda. En todos estos casos, como en muchos más, la discriminación que se opera no puede ser tildada de arbitraria.

### 163. FUEROS PERSONALES Y FUEROS REALES

El artículo 16 de la Constitución prohíbe los fueros personales. Se entiende por tales a los privilegios concedidos por la ley a ciertas personas o a un grupo social, en virtud de los cuales quedan sometidas a un ordenamiento jurídico diferente para regular las mismas relaciones sociales que se entablan entre los restantes integrantes de la sociedad. Asimismo, se las somete a una jurisdicción especial integrada por sus pares para el juzgamiento de sus conductas, cualquiera sea su ámbito de manifestación.

Se trataba de privilegios propios de sociedades políticas estatales inconciliables con el principio de la igualdad resultante de las formaciones republicanas. Entre ellos, se destacaban el fuero nobiliario, el fuero militar, el fuero eclesiástico y el fuero universitario. Todos ellos, en su carácter de fueros personales, fueron prohibidos por el art. 16 de la Ley Fundamental.

La cláusula constitucional, tal como lo destacó Benjamín Gorostiaga en el curso del debate producido el 25 de abril de 1853 en el Congreso General Constituyente, excluye de la prohibición los fueros reales o de causa.

Los fueros reales, que no constituyen un privilegio personal, son concedidos por la naturaleza de los actos o de las cosas y no de las personas. Se establecen en beneficio y consideración de una institución o de un interés institucional, con efectos limitados a la causa de su implantación. Las personas alcanzadas por un fuero real no lo son a título personal, sino con motivo de formar parte de una institución y a raíz de actos que, por su naturaleza, están relacionados con el normal funcionamiento de tales instituciones.

Tal es lo que acontece con el moderno fuero militar que, de la categoría de los fueros personales, pasó a integrar la de los fueros reales con motivo de la tipificación legal que le fue acordada. Su establecimiento procura preservar la disciplina especial que debe existir en las fuerzas armadas, y cuya validez se basa sobre las disposiciones contenidas en el art. 75, inc. 27, de la Constitución. Su vigencia solamente se extiende sobre los delitos cometidos con motivo de actos de servicio que afectan la existencia de la institución militar. Quedan excluidos los delitos comunes que involucran a integrantes de las fuerzas armadas y cuya comisión no se concretó con motivo de la prestación de un acto de servicio. Ellos están sujetos a la jurisdicción penal ordinaria, sin perjuicio de las sanciones administrativas aplicables en el área militar.

Las sentencias que dictan los tribunales militares con motivo de la comisión de un hecho delictivo, siempre son susceptibles de revi-

sión judicial. En principio, no acontece lo propio cuando se trata de sanciones aplicadas por infracciones disciplinarias, a menos que se acredite su arbitrariedad o la manifiesta lesión del principio del debido proceso legal.

Algo similar acontece con la prerrogativa concedida a los legisladores por el art. 69 de la Constitución que, debido a su carácter real, es irrenunciable. En este caso, la prerrogativa reside en que, para el juzgamiento de un legislador, se impone su previo desafuero que es decidido por sus pares integrantes de la cámara a que pertenece (art. 70 CN).

Fuera del caso de los fueros reales, que deben tener sustento constitucional, todos los habitantes del país están sometidos a las mismas leyes y a los mismos jueces. Asimismo, la interpretación de los fueros reales debe ser restrictiva y nunca extensiva a situaciones no previstas por la Constitución.

#### 164. IGUALDAD FISCAL

La igualdad, como base del impuesto y de las cargas públicas, establecida por el art. 16 de la Constitución y reiterada en los arts. 4º y 75, inc. 2º, significa que el impuesto debe ser igual para todos los habitantes del país que se encuentran en las mismas condiciones, ante iguales circunstancias, y con igual capacidad tributaria.

Las desigualdades económicas o de capacidad productiva existentes entre las personas, pueden justificar un tratamiento normativo diferente para los contribuyentes mediante la creación de categorías que deberán estar sujetas a las siguientes condiciones:

1. La distribución de los contribuyentes en categorías que generen distintos efectos impositivos, debe corresponder a diferencias reales y razonables. Esas diferencias existentes entre los contribuyentes, justifican que estos queden sujetos a un diferente tratamiento fiscal siempre que revista razonabilidad. Generalmente, esas diferencias son de carácter económico y están vinculadas con la capacidad productiva, la riqueza, la capacidad de consumo o de ahorro, pero también pueden estar determinadas por razones de índole social, regional, promocional o cultural destinadas a satisfacer el bien común y siempre que no conduzcan a agravar sin justificación racional la situación del contribuyente.
2. La creación de las categorías impositivas no puede estar basada sobre una discriminación arbitraria, hostil o injusta en perjuicio de determinadas personas o grupos sociales.



3. Todos los contribuyentes incorporados a una categoría determinada deben ser objeto del mismo tratamiento fiscal.
4. La contribución impuesta a las personas debe ser proporcional a su capacidad económica o contributiva.
5. El trato diferencial debe ser razonable y traducido en una equitativa igualdad.
6. El trato diferencial a que son sometidos los contribuyentes debe ser general y uniforme.

Bajo determinadas circunstancias que avalen su conveniencia, razonabilidad y justicia, el Congreso puede imponer cargas públicas y servicios personales a todos los habitantes del país. Para tales cargas y servicios son plenamente aplicables todos los principios referentes a la igualdad en materia impositiva.

### 165. LOS CARGOS PÚBLICOS Y LA IDONEIDAD

El art. 16 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes del país son admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad.

La idoneidad consiste en la aptitud intelectual, física y moral (424) que tiene una persona para desempeñar con eficiencia un cargo público.

Todos los habitantes de la Nación están en un plano de igualdad para acceder a los cargos públicos, siempre que reúnan las condiciones subjetivas y objetivas de idoneidad establecidas por la Constitución y, en ciertos casos, por sus leyes reglamentarias.

Algunas de esas condiciones, para acceder a determinados cargos, están previstas por la propia Constitución. Tal es lo que ocurre con los requisitos exigidos para acceder al cargo de diputado nacional (art. 48), senador nacional (art. 55), presidente y vicepresidente (art. 89) y juez de la Corte Suprema de Justicia (art. 111). Esas condiciones no pueden ser ampliadas legislativamente.

Otras emanan de las normas reglamentarias que, sin alterar las condiciones establecidas por la Constitución, pueden regular todas aquellas que se relacionen con el concepto de idoneidad, estableciendo incompatibilidades, que no serán condiciones propiamente

---

(424) ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN, *El requisito de idoneidad para el ejercicio de la función pública representativa*, p. 49, ob. cit.

dichas. Así, se puede vedar el acceso a los cargos públicos previstos por la Constitución a todas aquellas personas que han sido condenadas por la comisión de un delito que ponga en evidencia la inexistencia de la idoneidad, y siempre que el impedimento sea razonable en su naturaleza y duración.

Para los cargos públicos que no estén previstos en la Constitución, en orden a las condiciones para acceder a ellos, tanto el órgano legislativo, como el ejecutivo y el judicial, pueden establecer los requisitos de idoneidad respecto de aquellos que están bajo sus respectivas dependencias, siempre que la creación del cargo no esté constitucionalmente asignada a otro órgano.

El requisito de la idoneidad que el art. 16 de la Ley Fundamental establece en un plano de igualdad para todos los habitantes del país, constituye una de las innovaciones más sugestivas adoptadas por los constituyentes de 1853/60. No se encuentra en la Constitución de los Estados Unidos ni en nuestros antecedentes constitucionales. Tampoco fue contemplado por Alberdi al elaborar su proyecto de Constitución. En esta materia, como en otras, los convencionales constituyentes se apartaron de las guías normativas sobre las que se fundó su labor, incorporando principios novedosos que estimaron convenientes para el funcionamiento eficaz de los órganos gubernamentales.

En la concepción doctrinaria de la Constitución, el recaudo de la idoneidad está consubstanciado con el sistema republicano, donde la discrecionalidad propia de los sistemas autoritarios cede frente a la razonabilidad resultante de la aptitud física e intelectual.

La idoneidad que exige el art. 16 de la Constitución es una condición ineludible cuya acreditación se requiere en cada caso concreto por las normas reglamentarias y conforme al principio de legalidad. Es un recaudo permanente, una especie de estado en el cual deben permanecer quienes ejercen cargos públicos, en cualquier tramo de su escala.

Precisamente, para tutelar la permanencia de la idoneidad en los funcionarios que ocupan ciertos cargos públicos, la Constitución ha implementado el mecanismo del juicio público (arts. 53, 59 y 60), cuya función, en definitiva, es la de concretar la destitución del funcionario carente de idoneidad; de quien en el ejercicio de un cargo público ha demostrado no reunir la calidad exigida por el art. 16 de la Ley Fundamental.

La Constitución, con la salvedad de algunas excepciones (arts. 48, 55, 89 y 111), no establece los contenidos de la idoneidad. Esa

imprevisión constitucional no es un defecto, sino una virtud, por cuanto su forma y modalidades están sujetas a las modificaciones que genera el dinamismo de la vida social y que tornan sumamente inconveniente que la Constitución las consolide detallando sus alcances y contenidos.

Pero esa imprevisión constitucional en modo alguno puede interpretarse como una traba para su reglamentación normativa. Por el contrario, la exigencia constitucional y la potestad reglamentaria conferida a los órganos gubernamentales en sus ámbitos correspondientes de competencia, autorizan la determinación razonable y objetiva del contenido que debe tener la idoneidad, cuando no están determinados en la Ley Fundamental.

Como el manejo de la cosa pública debe estar en manos de quienes tengan capacidad para ello, no existen impedimentos de orden constitucional para reglamentar el recaudo de la idoneidad en un marco objetivo de igualdad y razonabilidad.

Sin embargo, esa reglamentación debe ser efectuada con particular prudencia y razonabilidad, para evitar que un eventual exceso doctrinario conduzca a la desnaturalización del texto y espíritu republicano de la Constitución (425).

Esa reglamentación legislativa del principio de idoneidad resulta inadmisibles cuando la Constitución establece las condiciones que se deben cumplir para acceder a los cargos de diputado, senador, presidente, vicepresidente y juez de la Corte Suprema de Justicia. En estos casos, a quien le corresponde juzgar la idoneidad es a los ciudadanos en el acto del comicio o, en el caso de los jueces de la Corte, al Presidente y senadores en el acto del nombramiento.

Por aplicación de los principios constitucionales, las condiciones que establezcan las normas reglamentarias para acceder a los cargos públicos, cuando ellas no están previstas en la Ley Fundamental, deben estar basadas sobre el principio de la razonabilidad y responder objetivamente al requisito de la igualdad. Esto significa que esas condiciones no pueden fundarse sobre las creencias políticas o religiosas de los individuos, su sexo o condición social, sino solamente sobre presupuestos de capacidad, tales como la edad de las

---

(425) Excesos doctrinarios, basados sobre mezquinas pasiones políticas, determinaron prejuicios sociales para erradicar de la vida pública a quienes colaboraron con el régimen rosista hasta 1852, o con el régimen peronista hasta 1955. Otro tanto, la negativa de la Cámara de Diputados en 1999 para la incorporación del diputado electo Antonio D. Bussi y, en 2005, del diputado electo Luis Patti.

personas, la nacionalidad, carecer de antecedentes penales descalificables y otros de naturaleza similar.

## 166. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El art. 75, inc. 17 de la Constitución incluye, entre las atribuciones de índole administrativa asignadas al Congreso de la Nación, el reconocimiento de derechos específicos para los pueblos indígenas argentinos.

La norma establece que el Congreso deberá:

*“Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.*

Se trata de una norma esencialmente programática que requiere la sanción de leyes reglamentarias que le brinden operatividad velando, especialmente, de no lesionar el principio de igualdad establecido por el art. 16 de la Constitución. Mientras no sea sancionada esa norma, es plenamente aplicable la ley 23.302 y sus eventuales decretos reglamentarios, anteriores a la reforma constitucional de 1994.

Esa reglamentación deberá propender a una necesaria armonización de tal inciso con el resto del articulado de la Constitución.

Así, la poco feliz referencia a la *“preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”*, no podrá ser entendida como la inserción de una concepción racista, con su amplia gama de secuelas, en el seno de la Ley Fundamental. A diferencia de lo acontecido en otros países latinoamericanos, tales como Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Perú, Venezuela y los Estados centroamericanos, en la Argentina la integración de los pueblos indígenas a la comunidad nacional se concretó de manera pacífica y exenta de discriminaciones merced a la cláusula del entonces art. 67, inc. 15, de la Constitución y a la generosa y liberal política desplegada por los gobernantes que impidió, a diferencia de lo acontecido en otros países, el surgimiento de conflictos sociales de tipo étnico.

Consideramos que los convencionales de 1994, aferrados al “*sno-bismo constitucional*”, incorporaron a la Constitución una cláusula cuyos contenidos son sumamente caros y respetables en muchos países latinoamericanos a la luz de sus culturas y desenvolvimientos históricos. Sin embargo, ellos no parecían adecuarse a la realidad argentina en la antesala del siglo XXI (426) y menos aun al noble ideal que inspiró a los constituyentes de 1853/60 al dictar el Preámbulo y sancionar el art. 16 de la Constitución. Máxime teniendo en cuenta que, desde el decreto del 1° de septiembre de 1811 de la Junta de Gobierno, siempre se reconocieron los derechos de los indígenas, quienes fueron equiparados a cualquier ciudadano, con total prescindencia de su origen racial.

Invocar una especie de “*reivindicación histórica*” sobre la base del falso preconcepto de que en la Argentina se renegó, menospreció, olvidó u ocultó (427) su raíz parcialmente indígena, no se compeadece con la realidad de los hechos y, aunque así hubiera sido, no se justificaba su exteriorización en una cláusula de la Constitución cuya reforma, en 1994, estuvo basada sobre la presunta necesidad de modernizar su texto. Paradójicamente, y desde sus orígenes, la comunidad nacional argentina, asumió y reconoció su ascendencia parcialmente indígena con singular orgullo, y sin incurrir en los prejuicios raciales de la inmigración europea del siglo XX, basada sobre las concepciones fascistas y nacionalsocialistas.

Casi en su totalidad, los contenidos del art. 75, inc. 17, disfrutaban de reglamentación legal por obra de la Ley 23.302 sancionada el 30 de septiembre de 1985, nueve años antes de la reforma constitucional. Esa ley reconoce y declara de interés nacional a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades (art. 1°), y les otorga personería jurídica mediante la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas (art. 2°).

Con respecto a la propiedad y posesión comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas, y la regulación y entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo, la Ley 23.302 también instrumenta ciertas soluciones. Así, estable-

---

(426) ROBERTO A. PUNTE señala que, en la Argentina, las comunidades indígenas representan un poco más del 1% de su población, a diferencia de lo que acontece en México (20%), Bolivia (64,2%), Perú (30,6%), Ecuador (17,1%) y Chile (6%); *El Derecho*, 16 de febrero de 1995.

(427) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, p. 371, ob. cit.

ce que se adjudicarán en propiedad a las comunidades indígenas las tierras aptas situadas en los lugares que habitan o en las zonas próximas más aptas para su desarrollo. Además de la propiedad comunitaria, la entrega de tierras también podrá constituir una propiedad individual cuando se trate de indígenas que no están integrados a la comunidad (art. 7º). En caso que en el lugar del emplazamiento de la comunidad no hubiera tierras fiscales o si éstas no fueran aptas, se propiciará la expropiación de tierras privadas (art. 8º).

La adjudicación de las tierras se efectuará a título gratuito y los beneficiarios estarán exentos del pago de impuestos nacionales, gastos o tasas administrativas (art. 9º). Asimismo, las tierras que se adjudiquen son inembargables e inejecutables con la sola excepción de las garantías otorgadas con motivo de los créditos de entidades oficiales concedidos conforme a las normas reglamentarias de la ley (art. 11). En cuanto a la enajenación de las tierras, está vedada por la ley durante un plazo de 20 años, disposición esta última carente de validez cuando se trata de una propiedad comunitaria y por aplicación del art. 75, inc. 17, de la Constitución.

Las tierras adjudicadas deben destinarse a la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, quedando los adjudicatarios obligados a radicarse en ellas y trabajarlas personalmente (arts. 10 y 12).

En caso de extinción de la comunidad indígena, o si es cancelada su personería jurídica, las tierras adjudicadas pasan al dominio de la Nación, las provincias o municipios según su caso (art. 13).

Con respecto a la participación de las comunidades indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales y a los intereses que las afecten, la ley 23.302 prevé la creación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas como entidad descentralizada con participación indígena y dependiente del Poder Ejecutivo Nacional, quien designará a su titular (art. 5º). A dicho organismo le corresponde actuar como entidad de aplicación de la ley, llevar el Registro Nacional de Comunidades Indígenas disponiendo la inscripción y, en su caso, la cancelación de las personerías de las comunidades, formular y ejecutar planes de educación, de salud, de vivienda y de previsión social.

## CAPÍTULO VI

# LAS LIBERTADES CIVILES

### 167. LIBERTAD DE VIVIR

La libertad de vivir, y su expresión jurídica en el derecho a la vida, es un atributo inseparable de la persona humana que condiciona su existencia con el consecuente desenvolvimiento material y espiritual de los hombres.

La libertad de vivir, entendida en un sentido conceptual amplio, comprensivo tanto de los matices físicos y materiales como también de todos los aspectos y proyecciones de la personalidad espiritual del ser humano, constituye un bien fundamental cuya valoración supera holgadamente a los restantes derechos y libertades, por la simple circunstancia de que ninguno de ellos puede ser considerado en forma separada de aquélla. La vida es el presupuesto condicionante de las restantes especies del género libertad.

Sin vida no hay libertad, ni posibilidad alguna de ejercer los derechos naturales que conforman la esencia de la personalidad, ni tampoco la amplia gama de potestades que, en su consecuencia, le reconoce al individuo la ley positiva. En realidad, sin vida no existe el hombre, de modo que no resulta aventurado sostener que ella, más que un derecho, constituye una cualidad inseparable de la condición humana y presupuesto indispensable para su existencia.

En el marco de una organización política global, basada sobre una idea dominante que determina el comportamiento de sus integrantes, el valor asignado a la vida no tiene la misma trascendencia en un sistema democrático constitucional que en uno autoritario o autocrático. En este último, el ser humano, con todos sus atributos, es simplemente un instrumento o medio puesto al servicio de un objetivo considerado superior. La vida carece de relevancia teleológica y está subordinada axiológicamente a las metas transpersonalistas del sistema.

En cambio, en un sistema democrático constitucional el individuo constituye la causa, fundamento y fin de toda la organización política, cuya creación y subsistencia, con todas las técnicas y procedimientos implementados a tal fin, responden al propósito exclusivo de concretar la libertad y dignidad del hombre.

En la democracia constitucional, valores tales como el Estado, la nación, un determinado grupo social, racial, político o religioso, no están para ser servidos por el individuo sino, por el contrario, y en función de la idea política dominante, para servir al hombre con el propósito de alcanzar su libertad y dignidad en un proceso inagotable de enriquecimiento espiritual y de bienestar material.

Esta consideración resulta indispensable a los fines de una correcta interpretación de la Constitución Nacional con relación a la libertad de vivir. El contenido teleológico de la Constitución, tan claramente expresado en su Preámbulo y cláusulas consecuentes, revela que la finalidad única de la norma constitucional es la protección de la libertad y dignidad del ser humano, y que toda interpretación de sus preceptos debe estar orientada hacia esa meta. Toda interpretación de las normas constitucionales debe estar encaminada a la preservación de esa libertad y dignidad, que presupone la vida del hombre, con prescindencia de todo otro valor jurídico y social.

La libertad de vivir, que se traduce en el derecho a la vida reconocido a los hombres desde el momento de la concepción y hasta su muerte, estuvo presente en los antecedentes constitucionales más relevantes. El Decreto de Seguridad Individual del 23 de noviembre de 1811 establecía que *"todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida"*. El Estatuto Provisional del 5 de mayo de 1815 reconoció el derecho a la vida entre los atributos fundamentales de todos los habitantes del país (art. 1º).

Disposición similar se encuentra en la Constitución de 1819, que imponía al Estado el deber de proteger a los hombres en el goce del derecho a la vida (art. 109) y que fue reproducida en el artículo 159 de la Constitución de 1826.

Con anterioridad, el Estatuto Provisional del 22 de noviembre de 1816, aprobado por el Congreso de Tucumán, dispuso que la vida era uno de los derechos de todos los habitantes (art. 1º), agregando que *"tiene un concepto tan uniforme entre todos, que no necesita de más explicación"* (art. 2º).

Si bien el denominado derecho a la vida no está expresamente enunciado en la Constitución Nacional, a través de una interpretación finalista, sistemática y dinámica de sus preceptos, resulta claro



que este atributo integra el concepto del hombre objeto de la regulación constitucional, con la consecuente obligación para el Estado y los particulares de velar por ella. Es que sin vida no existe el hombre, ni la libertad y la dignidad que le garantiza el texto constitucional. Sin el amplio reconocimiento de la libertad natural de vivir, no existe una constitución personalista.

Sin embargo, y al margen de las referencias contenidas en los antecedentes constitucionales, así como también de la cláusula residual del art. 33, en la cual está incluido implícitamente el derecho a la vida, la Constitución contiene algunas disposiciones que hacen mención de ciertos aspectos relacionados con ella.

Así, la Ley Fundamental prohíbe en forma absoluta la pena de muerte por causas políticas y todo tormento denigrante para la condición humana (art. 18). También fulmina con una nulidad insanable todo acto del Congreso y de las legislaturas provinciales que importe la concesión, al Ejecutivo Nacional o a los gobernadores de provincia, de facultades extraordinarias, la suma del poder público o el otorgamiento de sumisiones o supremacías por las que la vida de las personas quede a merced de algún gobierno o individuo, agregando que quienes generen o consientan semejantes actos quedarán sujetos a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria (art. 29).

Por otra parte, en el debate que se desarrolló el 1º de mayo de 1860 en la Convención del Estado de Buenos Aires, encargada de examinar la Constitución Federal, al fundamentar la redacción asignada al art. 33, los convencionales siguieron la línea de pensamiento del Estatuto Provisional de 1816, considerando que no era necesaria ni posible la mención expresa de todas las libertades del hombre en el texto constitucional para posibilitar su reconocimiento y vigencia. Tal es lo que resulta de las sólidas intervenciones de Mitre, Sarmiento y Vélez Sarsfield rebatiendo los argumentos expuestos por Esteves Sagú.

Precisamente Vélez Sarsfield, quien en la Convención bonaerense había expresado *"que no se pueden enumerar todos los derechos que nacen de la naturaleza del hombre y del fin y objeto de la sociedad y de la soberanía del pueblo"*, fue el encargado de plasmar la reglamentación de las disposiciones constitucionales referentes a uno de los aspectos sustanciales del derecho a la vida, en el Código Civil sancionado por ley del 25 de septiembre de 1869 y que entró en vigencia el 1º de enero de 1871.

Así, en la nota correspondiente al art. 63 del Código Civil, el codificador destacó que *"las personas por nacer no son personas futu-*

ras, pues ya existen en el vientre de la madre", citando en respaldo de su opinión las disposiciones legales vigentes en Austria, Luisiana y Prusia. Dándole carácter legal a semejante afirmación, dispuso categóricamente en el art. 70 que la existencia de las personas comienza desde la concepción en el seno materno. En ese momento comienza la libertad de vivir y la consecuente protección estatal.

La ley ha reconocido un hecho biológico al disponer que la vida, y el consecuente derecho a vivir, comienza en el momento de la concepción. La tipificación de la persona humana, con todas sus características, es impuesta por su material genético a partir del cigoto. Subsiste, evolucionando de manera natural, a medida que adquiere las formas del embrión, feto, niño, adolescente y adulto. De modo que, a partir de la fecundación del óvulo, existe un ser humano que merece la protección de la ley y, especialmente, de su derecho a la vida (428), tal como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia (429).

Tal conclusión reviste jerarquía constitucional. Así, el art. 4º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que el derecho a la vida está protegido a partir del momento de la concepción.

Otro tanto resulta implícitamente del art. 75, inc. 23, de la Constitución que establece un régimen de seguridad social completo y específico para la protección de la niñez en situación de desamparo que se proyecta desde el embarazo. La referencia constitucional al embarazo significa el reconocimiento del derecho a la vida antes del nacimiento de las personas, así como también a su derecho a la salud.

Estas conclusiones no se contradicen con la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la ley 23.849 e incorporada al art. 75, inc. 22, de la Constitución. Esa Convención, que reconoce a todo niño el derecho intrínseco a la vida (art. 6.1), no determina expresamente el momento en que comienza esta última. Una interpretación literal podría conducir a sostener que el comienzo se verifica en el momento del nacimiento ya que, el art. 7.1 de la Convención, establece que *"El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"*.

---

(428) ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA, *La persona concebida*, El Derecho N° 9118, 31 de octubre de 1996; LEONARDO MC LEAN, *El Derecho a la Vida*, p. 9; Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas; Buenos Aires 1994.

(429) Fallos CS 302:1284; 310:112; 323:1339; 324:5; 325:292.

Sin embargo, y por imposición de la ley 23.849 se aclaró que, al ratificarse la Convención, se debía formular la siguiente reserva: *“Con relación al art. 1 de la Convención sobre Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”*. La reserva obedeció a que el art. 1 de la Convención establece que se entiende por niño a *“todo ser humano menor de 18 años de edad”* sin precisar el momento en que comienza su existencia.

Esta reserva, que es una declaración legislativa sobre el momento en que comienza la vida del niño, se adecua al art. 4, apartado 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también incorporada al art. 75, inc. 22, de la Constitución. Dispone, como hemos visto, que el derecho a la vida y su debida protección es un atributo que corresponde a las personas a partir del momento de la concepción.

La existencia de la vida humana a partir de la unión de los gametos femenino y masculino que origina el embrión, importa desechar toda concepción que sólo admite la manifestación de la vida a partir del nacimiento, o desde que el embrión dispone de un desarrollo de su sistema nervioso que le permite expresar ciertos sentimientos, como el dolor. Otro tanto respecto de aquellas ideas que reconocen el derecho a la vida con posterioridad al nacimiento y a partir del momento en que la persona manifiesta cierta capacidad racional.

Estas concepciones, que podrán ser aceptables a la luz de ciertos ordenamientos jurídicos, han sido desechadas categóricamente por la legislación argentina.

Esa conclusión legislativa está basada sobre una sólida expresión científica. Laplacette, tras señalar que los embriones son personas desde la concepción, añade que *“tan pronto como los 23 cromosomas paternos encuentran los 23 cromosomas maternos, toda la información genética necesaria y suficiente para especificar las calidades innatas del nuevo individuo, se encuentran reunidas”* (430).

En la libertad de vivir está comprendida la integridad física de los seres humanos. Mientras que la vida consiste en la existencia de la persona, la integridad física, consecuencia de aquélla, es la intangibilidad del organismo humano. Se traduce en el derecho que tiene toda persona para que no se lesione o dañe su cuerpo, su salud física

---

(430) DORA LAPLACETTE, *Contrato de locación de vientre*, p. 94, en Prudentia Iuris, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires 1995.

y su salud mental mediante normas que, irrazonablemente, permitan la ejecución de actos que vulneren su integridad física.

La libertad de vivir, con todas sus secuelas, es una libertad esencialmente natural. Por tal razón, el desarrollo de la civilización y la consolidación de los valores humanistas en el marco de la cultura social imperante en vísperas del siglo XXI, impone el deber de respetar jurídicamente el funcionamiento de las leyes naturales que regulan el comportamiento individual y social de los hombres, ponderando los bienes involucrados y prescindiendo de todo preconcepto que puedan albergar algunos individuos y grupos sociales cuando su manifiesta irracionalidad se opone al desenvolvimiento de la dignidad humana en un marco de comprensión, tolerancia y libertad.

Destacando la aberración que representa para la humanidad el homicidio de centenares de millones de personas durante el siglo XX, víctimas de las guerras, el totalitarismo, el genocidio, el aborto y la eutanasia, Alberto Rodríguez Varela formula una importante reflexión: *"El siglo XX se nos presenta así como una extraña paradoja. Por un lado, la afirmación de los derechos humanos ha alcanzado nivel planetario. Y por otro, nunca la muerte de personas inocentes había sido prodigada en la historia con tanta desaprensión... Este humanicidio cósmico no se habría producido si los hombres no hubieran extraviado la genuina visión del derecho, recibida de griegos, romanos, judíos y cristianos, y no hubieran llevado hasta extremos apocalípticos el pecado de soberbia, pretendiendo erigirse en supremos y absolutos creadores de normas negadoras de Dios y el orden natural"* (431).

## 168. PENA DE MUERTE

Concebida como derecho, la vida disfruta del reconocimiento y la protección constitucionales aunque, a igual que las restantes libertades contenidas en la Ley Fundamental, no reviste carácter absoluto, pudiendo quedar sujeta a una reglamentación razonable (art. 28). Solamente está prohibida de manera absoluta la pena de muerte por causas políticas (art. 18).

Pero es importante destacar que la relatividad de los derechos presupone una reglamentación razonable y no arbitraria, y que esa razonabilidad conduce a establecer limitaciones proporcionadas a

---

(431) ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA, *El derecho a la vida*, p. 21, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires 1994.

las circunstancias fácticas que las motivan, a la necesidad de armonizar las libertades individuales y a los fines personalistas de la Constitución. En abstracto no hay derechos absolutos, pero en la esencia de la práctica la reglamentación razonable importa una correspondencia entre los medios propuestos y los fines legítimos que se pretenden alcanzar.

La muerte es la conclusión de la vida y, la pena de muerte, constituye una limitación al derecho a la vida. Es la sanción prevista por la ley por la cual se priva a una persona de su derecho a la vida.

Si bien en el texto constitucional no advertimos la presencia de una norma que prohíba categóricamente la pena de muerte, con la salvedad contenida en su art. 18, no acontece lo propio con algunos de los tratados internacionales que enuncia el art. 75, inc. 22.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, tras disponer que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente (art. 4º, ap. 1º), establece que *"En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a los delitos a los cuales no se aplica actualmente"* (art. 4º, ap. 2º). El apartado 3º del art. 4º dice: *"No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido"*, añadiendo el apartado 4º que *"En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos"*. A su vez, el apartado 5º dispone que *"No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años o más de setenta, ni se aplicará a las mujeres en estado de gravidez"*. Finalmente, en el apartado 6º se establece: *"Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente"*.

Las disposiciones de esta Convención son reiteradas por el art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Añade, en su apartado 6º, que *"ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital"*.

Conforme a las cláusulas de estos tratados internacionales, los Estados parte asumieron obligaciones inmediatas y mediatas quedando a salvo las reservas que pudieran haber formulado.

En cuanto a las segundas, consisten en el deber de derogar la pena de muerte si ella está prevista en la legislación local.

En cuanto a las primeras, su marco es más amplio. Así, los Estados que no han implantado la pena de muerte no lo podrán hacer en lo sucesivo, a menos que denuncien tales documentos internacionales. Tampoco podrán aplicar la pena de muerte por razones políticas, aunque ella esté prevista en la legislación local. Igual solución se impone respecto de las personas que, al momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta. Sin embargo, en el caso de estos últimos, consideramos que la norma es extensible para aquellos que, a la fecha de la ejecución de la pena, hayan alcanzado esa edad.

Tampoco es aplicable la pena de muerte, prevista por una ley anterior, a las mujeres en estado de gravidez. En este caso, la prohibición responde al propósito de tutelar la vida de la persona por nacer. Una vez que cesa el estado de gravidez, la pena podrá ser ejecutada.

Estas normas son aplicables con prescindencia de la gravedad del hecho delictivo que motiva la condena a muerte. Por más aberrante y atroz que sea el hecho perpetrado por el delincuente, no podrá ser pasible de la pena de muerte, ni privado de la potestad a obtener un indulto, una conmutación de la pena o ser alcanzado por los beneficios de una amnistía con respecto a dicha pena.

Las normas internacionales se refieren exclusivamente a la pena de muerte. Es tal la prevista por la ley local y dispuesta por una sentencia judicial que tiene autoridad de cosa juzgada. No integran esta categoría las privaciones del derecho a la vida concretadas en virtud de actos ejecutados al margen del procedimiento legal vigente en materia penal. Tales actos son homicidios que podrán, o no, ser tipificados como delitos por la legislación local, como es el homicidio en legítima defensa o el perpetrado en el curso de una conflagración bélica.

Estos tratados internacionales, que tienen jerarquía constitucional, impiden de manera absoluta la incorporación de la pena de muerte en el sistema jurídico argentino debido a que ella no estaba prevista por ley al ser aprobada la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Su implantación solamente sería viable previa denuncia de aquéllos y conforme al procedimiento establecido por el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental.

En tal sentido, la Opinión Consultiva 3/83 del 8 de septiembre de 1983, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispuso que esta última prohíbe la extensión de la pena de muerte, sin que un Estado Parte pueda aplicarla a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna.

## 169. ABORTO

Si bien la libertad de vivir es susceptible de reglamentación legal, ella no puede llegar al extremo de desnaturalizarla o desconocerla sin causa justificada constitucionalmente. Es en este marco donde se plantea el problema consistente en resolver si, conforme a la Ley Fundamental, y bajo determinadas circunstancias, es procedente la legalización del aborto como acto por el cual se priva del derecho a la vida a una persona por nacer que, desde el momento de su concepción, tiene existencia biológica y jurídica.

El problema está compuesto por el enfrentamiento o colisión entre dos libertades constitucionales: el derecho a la vida de la persona por nacer y los derechos subjetivos que vulneraría la concepción y el nacimiento de ella.

En materia constitucional, cuando se opera semejante colisión, la interpretación debe propender a armonizar ambas libertades mediante una recíproca relativización que permita la subsistencia de todas ellas, anulando sus manifestaciones en aquellos espacios donde se produce el conflicto. Pero en el caso que analizamos, lograr esa armonía resulta imposible sin desconocer o desnaturalizar en forma absoluta a alguna de esas libertades. Concretamente, se trata de un conflicto inconciliable, en cuanto la aceptación de la libertad de abortar conduce necesariamente a la destrucción de una vida humana.

La imposibilidad de armonizar ambas libertades impone el deber de otorgar preferencia a alguna de ellas en función de la doctrina personalista de la Constitución. Impone el deber de verificar jurídicamente si es razonable dar preferencia a la libertad de abortar o a la libertad de vivir, y esa comparación, en orden a su resultado, debe ser realizada no ya con un enfoque religioso o moral, sino en consideración a la trascendencia otorgada por la Constitución a las diversas libertades que resultan antagónicas en un caso concreto.

Desde un punto de vista jurídico, las hipótesis que conducen a la justificación del aborto se pueden sintetizar en las siguientes: 1) anteponer el derecho al bienestar individual, expresado en el derecho a la intimidad o los derechos personalísimos de la madre, represen-

tativos de su honor, comodidad, arbitrio en disponer de su cuerpo o la voluntad de prevenir sanciones sociales; 2) otorgar preferencia a la libertad sexual en aquellos casos en que la concepción es consecuencia de una violación; 3) brindar primacía al derecho a la legítima defensa cuando el desarrollo del feto o el nacimiento pueden ocasionar graves lesiones o la muerte de la madre.

Los fines humanistas de la Constitución, cuya concreción presupone necesariamente la defensa de la vida del hombre, por ser artífice de toda acción social, determinan que el derecho a la vida de un ser inocente se imponga sobre otros valores y bienes jurídicos.

Razonablemente, el derecho al bienestar individual, en sus múltiples manifestaciones, no puede condicionar el derecho a la vida. Una limitación parcial y temporal del derecho al bienestar se impone frente a la alternativa de una limitación absoluta y definitiva del derecho a la vida. Es que evitar una sanción social, preservar el honor o eludir una incomodidad son valores legítimos, pero carentes de la envergadura suficiente para justificar el cercenamiento de una vida inocente (432). Máxime cuando la situación de conflicto fue producida por un acto voluntario o negligente de la madre cuyas secuelas no pueden ser impuestas a la persona por nacer.

Tampoco es razonable legalizar el aborto invocando la defensa de la libertad sexual cuando la concepción es consecuencia de una violación. La persona por nacer no es culpable ni responsable por la violación.

En esta hipótesis, y al margen de la sanción que resulte aplicable al autor de la violación, se pretende defender la libertad sexual de la madre, que ya fue vulnerada, imponiendo una sanción, una verdadera pena de muerte, a una persona que fue absolutamente ajena a la relación jurídica madre-violador.

Es una solución que nos retrotrae a épocas superadas para el desarrollo de la civilización, cuando las sanciones al ofensor directo se extendían a las personas con él relacionadas, a pesar de no haber tenido participación alguna en la comisión del hecho.

No es razonable privar de su vida a una persona por nacer debido a que su madre fue víctima de un delito ejecutado por un tercero, porque no solamente resulta imposible reparar totalmente el daño que ella ha sufrido mediante la muerte del ser que alberga en su seno, sino también porque ese ser no es responsable ni autor de la lesión ocasionada a la libertad sexual de la madre.

---

(432) ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA, *El valor de la vida inocente*, El Derecho 191-424.



En cuanto a la hipótesis del derecho a la legítima defensa, su ejercicio legal está condicionado a que la situación de peligro no haya sido provocada por la conducta voluntaria o negligente de la madre, que debió o pudo prever las eventuales consecuencias del ejercicio de su libertad sexual. De modo que en este caso tampoco es razonable ni se justifica la legalización del aborto, máxime considerando que desde un punto de vista estrictamente científico es de improbable producción la muerte de la madre de mediar una conducta diligente.

De todas maneras, el derecho a la legítima defensa, que tampoco es un derecho absoluto, sólo se puede desplegar contra la persona del agresor, condición que no presenta la persona por nacer, cuya creación responde a una ley natural y que, además de no haber provocado la concepción, se encuentra en un plano de manifiesta desigualdad para ejercitar su propio y legítimo derecho de defensa. Precisamente, esta última circunstancia, en salvaguarda del principio de igualdad establecido por el art. 16 de la Constitución, impone el deber para el Estado de acordar la debida tutela para las personas por nacer, asumiendo el ejercicio de su derecho a la legítima defensa y sin perjuicio de realizar las restantes medidas encaminadas a proteger la intangibilidad de su derecho a vivir.

El auge del materialismo y la perversión de ciertos valores morales acarrear el menosprecio hacia la dignidad de las personas concebidas mediante la aceptación del aborto y explican la pasiva aceptación de ciertos experimentos que superan holgadamente la monstruosidad de aquellos que fueron perpetrados en los campos de concentración establecidos por el nazismo hasta 1945. Rodríguez Varela escribe que *"A ese capítulo de pornografía biológica pertenecen experimentos e intentos, a veces quizá fantásticos, que configuran aberraciones propias de científicos que se mueven sin sujeción a ningún parámetro moral. La embriogénesis sin espermatozoides, la fecundación de un óvulo por otro óvulo para satisfacer anhelos lesbianos, la autoprocreación femenina ya intentada con ratones, la fecundación del óvulo con células no germinales, el potencial implante de un embrión en el abdomen de un homosexual masculino previo tratamiento hormonal, la gestación de embriones humanos en úteros no humanos, la fertilización con semen humano de óvulos de mona en Estocolmo y de óvulos de hamsters en Japón, la fisión gemelar, la clonación por sustitución del núcleo de un huevo humano fecundado, la fusión de embriones in vitro, la ectogénesis o producción de un embrión en un laboratorio y su total gestación extracorpórea, en fin, todos los horrores pseudocientíficos que es capaz de imaginar la mente humana cuando prescinde de los valores deontológico"*. Experimentos

con los cuales, como bien lo señala el autor, se utilizan fetos humanos para la fabricación de cosméticos o se procura el diagnóstico precoz de ciertas enfermedades para promover el aborto de quienes nacerán con malformaciones, o se usan las células fetales para el tratamiento de ciertas enfermedades (433).

### 170. REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIA

Para la legislación argentina el aborto, con las excepciones previstas en el art. 86 del Código Penal, es un hecho punible. Así lo establecen los arts. 85, 87 u 88 de ese cuerpo legal, imponiendo para sus autores penas privativas de libertad. De tres a quince años si el delito es doloso, y de seis meses a dos años si la conducta del autor es culposa. Como el bien jurídico protegido es el derecho a la vida de la persona por nacer, la pena es aplicable a la mujer que de manera dolosa provoca el aborto.

El art. 86 de la ley penal dispone que el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible si responde a fines terapéuticos. Ello acontece cuando el aborto se practica con el objeto de evitar un peligro, serio y cierto, para la vida o salud de la madre, y siempre que ese peligro no pueda ser evitado por otros medios. Cuando el derecho a la vida de la persona por nacer colisiona con el derecho a la vida o salud de la madre, la ley se inclina por dar preferencia a estos últimos.

El art. 86 también prevé el aborto eugenésico. Presupone la violación o un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, y la concreción del aborto con el consentimiento del representante legal de la mujer. El bien jurídico protegido, en este caso, no es la ausencia de voluntad de la mujer para participar del acto de la procreación porque, de ser así, la norma tendría que ser aplicada a toda mujer que fue objeto de una violación e, inclusive, a toda mujer que participa del acto sexual sin voluntad de procrear.

Su razón de ser responde a una concepción científicamente arcaica y de raíz racista que apunta a preservar el perfeccionamiento de la especie humana, o a evitar su presunta degradación, mediante la aplicabilidad de las leyes biológicas de la herencia. La fundamentación de esta hipótesis nos conduce a sostener su invalidez constitucional.

---

(433) ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA, *La persona por nacer y el derecho a la salud*, El Derecho, 28 de noviembre de 2005.

El 5 de marzo de 2002, la Corte Suprema de Justicia, al resolver el caso *"Portal de Belén c. Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo"*, dictó una sentencia fundamental sobre la necesidad de tutelar el derecho a la vida de las personas por nacer (434).

La asociación civil *"Portal de Belén"* promovió, en la provincia de Córdoba, una acción de amparo contra el Estado Nacional para que se dejara sin efecto la fabricación, distribución y comercialización del fármaco *"Imediat"*, por entender que se trataba de una píldora con efectos abortivos.

Tras la producción de las pruebas ofrecidas, en primera instancia la sentencia acogió la petición de los demandantes. Sin embargo, la sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, dejó sin efecto el fallo. Consideró que, la solución de la cuestión debatida en el ámbito restringido de la acción de amparo, no era viable porque se requería una mayor amplitud de debate y prueba.

Ese mayor debate debía permitir ofrecer una respuesta satisfactoria para dos preguntas: ¿la fecundación del espermatozoide y el óvulo constituye per se el acto de la concepción o el comienzo de la vida humana?; ¿se requiere para el inicio de la vida, la implementación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno?

Interpuesto el recurso extraordinario por la accionante, el Procurador General, Nicolás Becerra, admitió que, como principio general, las sentencias que rechazan la acción de amparo dejando subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria, no tienen carácter definitivo. Pero, añadió que el principio no es absoluto cuando, el agotamiento de las vías ordinarias, traiga aparejado un perjuicio irreparable para el accionante.

En su dictamen, el Procurador hizo mención a la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en el caso *"T., S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires"* (435).

En esa oportunidad, los ministros Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio y López, sostuvieron categóricamente que, en el caso concreto, la precipitación del parto en el octavo mes de gestación, no es *"un medio para causar la muerte del feto"*. Añadieron que, *"Esta es una decisión con pleno respeto a la vida desde el momento de la concepción, con gestación de plazo suficiente—que comienza el curso del octavo mes o trigésima segunda semana—cuyo resultado no depende*

---

(434) Fallos CS 325:292; LA LEY, 2002-B, 520; DJ, 2002-1-664.

(435) Fallos CS 324:5; LA LEY, 2001-A, 189; 2001-E, 264.

*de la acción humana, sino de la trágica condición de este niño por nacer; su carencia de cerebro producirá, ante un parto normal, su casi inmediata incapacidad de subsistir, debido a la ausencia de los medios fisiológicos mínimos para la actuación de sus funciones vitales”.*

El ministro Bossert destacó que *“Resulta, entonces, indiscutible en esta instancia que el feto tiene viabilidad nula en la vida extrauterina, que la inducción del parto en este caso representaría un nacimiento prematuro..., que existe un peligro o daño para la salud de la demandante por la continuación de un embarazo de esas características, caracterizado como daño psíquico y que el objetivo del anticipo del parto es evitar un mal mayor en la salud de la madre gestante”.* En sentido similar, se pronunció el ministro Petracchi al expresar que, *“En autos sólo se reclama el adelantamiento del parto en un momento de la gestación en que dicho adelantamiento, por sí mismo, no es idóneo para producir la muerte en la generalidad de los casos, en que no se trata de un feto anencefálico”.*

Los seis ministros se pronunciaron, con diferente fundamentación, propiciando el rechazo del recurso extraordinario y permitiendo el adelantamiento del parto.

En cambio, los ministros Nazareno y Boggiano, se opusieron a semejante solución. El primero, de manera categórica, señaló que *“quien adelanta un evento, anticipa sus consecuencias; si a los nueve meses la persona anencefálica que nace por parto espontáneo tiene una sobrevivida aproximada de doce horas, resulta evidente que la inducción del parto a los, digamos, seis meses, determinará la muerte del sujeto a los seis meses y doce horas. Lo que la sentencia recurrida no trata es la afectación del derecho del nasciturus a seguir viviendo durante el lapso diferencial apuntado; y los argumentos dados por el sentenciante referidos a que de todas maneras morirá, encubren una elíptica pero segura condena a muerte por anticipado, ello, con apoyo en la exigua cantidad de tiempo que la persona anencefálica tiene de vida, como si la circunstancia afectara sustancialmente la calidad de persona o la protección jurídica de ésta. Para exponerlo crudamente y así contrastarlo con las normas constitucionales examinadas: en el fallo subyace la siguiente fórmula: si la persona anencefálica ha de morir de todas maneras, entonces, que muera cuanto antes”.*

Agregó el ministro Nazareno, en su extenso voto, que *“Las consideraciones de los magistrados al respecto no son otra cosa que un conjunto de generalidades que ya fueron reseñadas y que confunden el sufrimiento humano con peligro para la salud psíquica. Es evidente que una situación dramática como la que vive la actora tiene que producirle sufrimiento y frustración, inclusive a su grupo familiar. Sin*

*embargo, los jueces no pueden autorizar la interrupción de una vida por el sufrimiento que una enfermedad mortal cause; y si no pueden hacerlo para aliviar el dolor del que padece la enfermedad, mucho menos como remedio a favor de aquellos que no la sufren”.*

En sentido similar, el ministro Boggiano destacó que *“el argumento que se funda en las limitadas o nulas posibilidades de sobrevivida después del nacimiento para justificar el parto anticipado, desconoce el valor inconmensurable de la vida de la persona por nacer, porque supone que su existencia tiene un valor inferior a la de la otra que tuviese mayores expectativas, e inferior aún a las del sufrimiento de la madre o de su núcleo familiar”.*

Sobre la base del precedente “T. S.”, para el Procurador, la decisión judicial recurrida en el caso “Portal de Belén” era en extremo formalista y que, ese formalismo, atentaba potencialmente contra la efectiva protección del derecho a la vida. Ello era así porque, bajo el pretexto de requerir un mayor debate y agotamiento de las vías ordinarias, se desvirtuaba la función específica del Poder Judicial en orden a la tutela de los derechos. Sin embargo, pese a propiciar la revocación de la sentencia, recomendó el dictado de un nuevo pronunciamiento.

Los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano, López y Vázquez, si bien compartieron la argumentación expuesta por el Procurador, decidieron revocar la sentencia y, haciendo lugar a la acción de amparo, ordenaron al Estado Nacional a que dejara sin efecto la autorización para fabricar, distribuir y comercializar el fármaco *“Imediat”*.

Destacaron que, conforme a la opinión científica, la vida comienza con la fecundación. Ella, biológicamente, consiste en la unión de los gametos femenino y masculino, cuya fusión genera un embrión. Se trata de una célula fertilizada o cigoto que conforma, desde un primer momento, una vida nueva (436).

Sobre la base de sólidas afirmaciones vertidas por prestigiosos científicos, la mayoría de los ministros de la Corte arribó a la conclusión de que la concepción prevista por la ley, como momento en que se inicia la vida humana, se produce con la fecundación sin que sea necesaria la implantación del óvulo fecundado en el útero materno. En tal sentido, citaron las posturas adoptadas por Jean Rostand —premio Nóbel de biología—, Jerome Lejeune, W. J. Larson —profesor de

---

(436) LEONARDO MC LEAN, *El derecho a la vida*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires 1994.

Biología Celular, Neurobiología y Anatomía de la Universidad de Cincinnati—, B. Carlson —profesor y jefe del Departamento de Anatomía y Biología Celular de la Universidad de Michigan—, T. W. Sadler —profesor de Biología Celular y Anatomía de la Universidad de Carolina del Norte—, entre otros.

Asimismo, durante el proceso, el Ministerio de Salud y Acción Social solicitó que, sobre el fondo de la cuestión planteada, expidiera un dictamen la Comisión Nacional de Ética Biomédica. En ese informe, que fue soslayado por el tribunal de alzada, se arribó a igual conclusión que la enunciada en el párrafo anterior.

Entrando a analizar los efectos que producía el fármaco cuestionado, la Corte sostuvo que uno de ellos, y conforme a su prospecto, residía en modificar *"el tejido endometrial produciéndose una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación"*. De manera que, con su uso, se impedía artificialmente el desarrollo del embrión ya existente, ya que, al impedir el anidamiento, se estaba produciendo la muerte de un ser humano. En otras palabras, el uso del fármaco conducía a un aborto.

Para la mayoría, las particularidades del caso tornaban procedente la acción de amparo, sin necesidad de agotar las eventuales vías procesales ordinarias existentes. Es que, si el uso de la píldora provocaba, o razonablemente podía provocar, la muerte de una persona, resultaba inadmisibles permitir su uso teniendo en cuenta el valor fundamental que presenta el derecho a la vida, como *"el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional"*. En otras palabras, si el uso del fármaco era potencialmente idóneo para privar de su vida a las personas por nacer, mal se podía tolerar la producción de semejante efecto hasta tanto la cuestión fuera resuelta en el marco de un proceso ordinario.

Los ministros Fayt y Bossert votaron en disidencia por considerar que, el recurso extraordinario era improcedente debido a que no se hallaban en presencia de una sentencia definitiva o equiparable a ella. Similar criterio adoptaron los ministros Belluscio y Petracchi, por entender que, el fallo recurrido, dejaba a salvo que la cuestión fuera debatida en un proceso de conocimiento ulterior.

Si bien, desde una óptica ortodoxa, la postura de la minoría es jurídicamente aceptable, la seriedad de las opiniones y juicios científicos aportados al expediente judicial, merituaban un apartamiento de esa posición formalista, debido al valor que estaba en juego.

Ese valor era la vida humana, y si existen indicios serios y ciertos que ella pueda ser cercenada, ¿cómo es posible tolerar ese *"riesgo"*

durante el lapso que demanda un proceso ordinario? Es que, si al finalizar semejante proceso se acepta el carácter abortivo del fármaco, ¿quién asumirá la responsabilidad, al menos ética, por los individuos cuya vida fue mutilada durante su sustanciación?

El pragmatismo que inspiró la decisión de la mayoría es el que mejor se compadece con los fines humanistas de nuestra Constitución. Su concreción presupone, necesariamente, una defensa ineludible de la vida del hombre que, al ser el artífice de toda acción social, determina que el derecho a la vida de un ser inocente se imponga sobre otros valores y bienes jurídicos.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, se apartó de esa doctrina jurisprudencial cuando resolvió el caso "*C.P.d, P., A.K.*" (437). Confirmó la decisión judicial que autorizó la interrupción del embarazo debido a que la madre padecía de diversos patologías, entre ellas una miocardiopatía dilatada con deterioro severo de la función ventricular, que podían traer aparejados daños graves para su salud, inclusive la muerte, si no se concretaba esa interrupción.

La mayoría consideró que la situación encuadraba en el art. 86, inc. 1º, del Código Penal. La cardiopatía dilatada, con severo deterioro de la función ventricular, junto a otros factores de riesgo que presentaba la madre, como la obesidad, el tabaquismo, la hipertensión arterial y el antecedente de cuatro embarazos, dos de los cuales derivaron en la muerte de las personas por nacer, avalaban la interrupción del embarazo conforme a la citada norma legal. Añadieron que, para su aplicación, no se requería una previa autorización judicial, bastando la opinión fundada de un médico y el consentimiento de la mujer encinta.

Este criterio no fue compartido por la minoría. Consideraron que partiendo del idéntico valor que cabe otorgar a la vida de la madre y a la de su hijo por nacer, correspondía denegar la autorización para interrumpir el embarazo basado sobre presuntos riesgos para la vida de la madre, si los médicos intervinientes no señalaron que ese riesgo conllevaba un peligro extremo o la muerte cierta de la madre. Por otra parte, como las medidas abortivas solicitadas, también eran potencialmente riesgosas para la salud de la madre, era preferible un curso de acción que preservara la vida de la persona por nacer y no el que le iba a ocasionar una muerte segura. En cuanto al art. 86, inc. 1º, del Código Penal, la inaplicabilidad al caso de autos obedecía a que su vigencia había sido desplazada por su antagonismo con el

---

(437) Sentencia del 27 de junio de 2005.

alcance del derecho a la vida prescripto por el art. 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esa norma no podía dar sustento a la decisión de dar muerte a una persona por nacer.

Existen diversos procedimientos destinados a evitar la procreación y, por añadidura, un eventual aborto. Tales procedimientos, en la medida que se acude a ellos ejerciendo el derecho a la intimidad, son lícitos. Nadie puede ser obligado a procrear o a no procrear.

Pero, cuando al acudir a tales procedimientos se produce un daño en la integridad física de la persona, la cuestión merece un análisis más detenido.

Si las lesiones las produce el interesado por sus propios medios, no habrá un acto ilícito con la salvedad del aborto. Así como la tentativa de homicidio no es punible, otro tanto acontece con las lesiones que una persona se produce sobre su propio cuerpo.

La situación varía cuando, la aplicación de tales procedimientos, requiere de la intervención de un tercero. En estos casos, para no incurrir en el delito de lesiones, se impone la previa autorización judicial. Si se concede esa autorización ¿puede un médico ser obligado para llevarla a cabo? Consideramos que no si ello importa desconocer su objeción de conciencia. Tal fue, implícitamente, el criterio adoptado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata al autorizar a una paciente para que se le practique una ligadura tubaria (438). Comentando ese fallo, Rodríguez Varela escribe que, la objeción de conciencia de los profesionales médicos, "*deriva de modo directo de los artículos 14 y 33 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales que amparan la libertad de conciencia*" (439).

## 171. EUTANASIA

La eutanasia consiste en toda acción u omisión mediante la cual se provoca la muerte de una persona inocente, ya sea por razones de orden público imperantes en una sociedad, o en salvaguarda de derechos de terceros, o con el propósito de poner fin a los padecimientos físicos o psíquicos que mortifican a una persona que padece de una enfermedad incurable.

(438) El Derecho 190-220.

(439) ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA, *Ligadura de trompas y objeción de conciencia*, El Derecho 190-221.



Cataldi Amatriain distingue diversas formas de eutanasia (440):

1. Eugenésica. Se practica sobre personas que presentan graves deformaciones físicas o alteraciones psíquicas, cuya subsistencia pone en peligro el perfeccionamiento de una raza. Es propia de los regímenes políticos transpersonalistas.
2. Económica. Provoca la muerte de aquellas personas cuya condición acarrea costos, relativamente importantes, para la sociedad o sus familiares por la asistencia médica que se les presta. Sería el caso de los incapacitados graves, de quienes tienen vida vegetativa, o de los ancianos incapacitados para desarrollar actividades productivas.
3. Experimental. Se realiza sobre individuos seleccionados para ser objeto de trabajos de investigación médica.
4. Piadosa. Produce la muerte para concluir con los intensos sufrimientos que sufre un paciente desahuciado.
5. Terapéutica. Abrevia la vida de una persona que tiene una enfermedad incurable sin expectativa de vida, aunque no padezca los sufrimientos citados en el caso de la eutanasia piadosa.

La eutanasia se relaciona con la distanasia y la adistanasia (441). La primera consiste en toda acción médico-científica por la cual se procura prolongar la vida de una persona que padece una enfermedad terminal, irreversible, desprovista de toda posibilidad racional de recuperación. La segunda reside en privar al enfermo terminal de los recursos terapéuticos que permiten prolongar su vida.

La concepción personalista que impera en las democracias constitucionales otorga a cada individuo, y de manera exclusiva, la titularidad de su derecho a la vida. No es un derecho que pueda ser ejercido por la sociedad o el Estado apropiándose de su titularidad y, por tal razón, el acto del suicidio no es viable de sanción legal alguna, así como tampoco la tentativa de suicidio.

El hecho de que toda persona pueda disponer libremente de su vida, no significa que los terceros puedan acceder a su requerimiento para poner fin a ella. Todos los individuos están obligados a proteger la vida de sus semejantes, y a ese deber responden las innume-

---

(440) ROBERTO CATALDI AMATRIAIN, *Ética en gastroenterología*, p. 40, Junta de Educación Médica para América Latina, Buenos Aires 2002.

(441) HUGO OBIGLIO, *Acerca de una Cultura de la Muerte*, p. 4, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires 1999.

rables leyes y decretos mediante los cuales se tutela la salud de las personas, su bienestar físico y mental, su asistencia médica y el medio ambiente en que conviven.

Esa cultura de la vida presupone una educación para la muerte porque, inevitablemente, esta última es la consecuencia final de aquella. Pero, la educación para la muerte, en modo alguno se puede traducir en una cultura de la muerte expuesta en normas jurídicas que despenalicen el homicidio, la participación en el suicidio, el aborto y toda otra forma encaminada a cercenar la vida humana.

La eutanasia, cuando su propósito apunta hacia una muerte con dignidad o desprovista de sufrimientos, no merece reparos si ella es producida por el propio interesado o requerida por él haciendo cesar un tratamiento que no le puede ser impuesto contra su voluntad. Así como el Estado no puede obligar a una persona a que cure sus enfermedades, a menos que esa actitud pueda perjudicar la salud de terceros, tampoco puede obligar a un enfermo terminal para que prosiga su vida sujeto a un tratamiento que rechaza voluntariamente. Nadie puede suplantar su voluntad.

Esto en modo alguno significa que, esa persona, tenga derecho a exigir que un tercero la prive de su vida, ni este último a ejecutar la decisión del enfermo. Tampoco, los familiares o el Estado pueden adoptar una decisión de esa índole cuando el paciente conserva una vida meramente vegetativa.

En síntesis, toda persona que tenga plena capacidad jurídica tiene derecho a no ser sometida a ciertos tratamientos médicos destinados a prolongar su vida, pero nadie puede subrogarse en su voluntad adoptando semejante decisión. El titular del derecho a la vida puede solicitar el cese de tales tratamientos y su voluntad debe ser respetada. Pero, si para concluir su vida se impone alguna acción positiva al margen de dichos tratamientos, quien accede a cumplir la voluntad del enfermo incurrirá en homicidio o en la participación en un suicidio.

Estos principios fueron receptados por nuestra doctrina jurisprudencial. En el caso de menores de edad, que debían ser sometidos a una transfusión de sangre para preservar sus vidas, la negativa de los padres basada sobre razones religiosas no es aceptable porque se debe dar preferencia a la vida y salud de aquellos. El ejercicio de la patria potestad no tiene carácter absoluto y, su ejercicio, no puede acarrear la muerte o un daño para la salud del menor (442) que carece de capacidad jurídica suficiente.

---

(442) El Derecho 114-115 y 125-541.

Si una persona cuyas facultades mentales están disminuidas se niega a la realización de un tratamiento médico necesario para preservar su vida, esa decisión no puede ser aceptada por carecer aquella del discernimiento suficiente. Con mayor razón, si su cónyuge solicita la realización y no existe una manifestación de voluntad del enfermo, emitida con anterioridad cuando no se había operado esa disminución de las facultades mentales, negándose al sometimiento a prácticas invasivas (443).

Tratándose de mayores de edad que, por razones religiosas, se niegan a recibir una transfusión sanguínea aunque ello ponga en peligro a sus vidas, la Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que esa decisión debe ser respetada por aplicación del artículo 19 de la Constitución. En estos casos, la libertad religiosa y la autonomía de voluntad deben ser respetadas, máxime teniendo en cuenta que las convicciones religiosas invocadas descartan una hipótesis de suicidio (444).

Debe ser respetada la decisión de un paciente que no desea ser sometido a una intervención quirúrgica aunque la acción terapéutica sea necesaria para mantenerlo con vida. Caso contrario se estaría produciendo una intromisión indebida en la libertad personal del paciente con la consecuente ofensa para su dignidad como persona humana (445).

Es improcedente el pedido del cónyuge de la enferma para que se autorice la suspensión de la alimentación e hidratación artificiales que permiten la prosecución de su vida, aunque ella se encuentre en estado vegetativo desde hace varios años. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Buenos Aires consideró que, en el caso, no era viable otorgar una autorización que conllevaría la muerte de la paciente porque el juez no puede proveer una autorización para la muerte. Si bien es cierto que semejante decisión puede ser adoptada por una persona en su sano juicio, esa manifestación de voluntad no puede ser suplida por la de su cónyuge a menos que la enferma hubiese dejado instrucciones precisas antes de su pérdida de conocimiento sobre su negativa a recibir tratamientos que, de ser suspendidos, producirán su muerte (446).

---

(443) Sentencia del 5 de noviembre de 1999 emitida por el Juzgado de Transacción en lo Criminal y Correccional N° 1 de Mar del Plata.

(444) Caso "Bahamondez", Fallos CS 316:479; LA LEY, 1993-D, 130; DJ, 1993-2-501).

(445) LA LEY, 1997-F, 602.

(446) Caso "S., M.d.C." del 9 de febrero de 2005 (LA LEY, 2005-B, 267; 2005-C, 676; LLBA, 2005 [marzo], 171; El Derecho 8 y 9 de junio de 2005, con comentarios de ALBERTO J. GOWLAND —*Eutanasia: una decisión personalísima*— y ROBERTO C. SUARES —*La intangibilidad de la vida humana en una excelente decisión judicial*—).

Conforme a esta línea jurisprudencial, se resolvió que encontrándose la paciente que padece una irreversible enfermedad, con plena lucidez mental y libertad para autodeterminarse, decide manifestar su firme decisión de no aceptar procedimientos médicos invasivos y a permanencia, ella debe ser respetada de conformidad con el art. 19 de la Constitución y de la ley 17.132. El art. 19 de esa ley determina que los profesionales de la medicina deben respetar la voluntad del paciente de no someterse a ciertos tratamientos médicos invasivos y a permanencia, cuando padecen una grave, progresiva e irreversible enfermedad. En el caso, se declaró admisible la acción de amparo promovida por la enferma para que, en el futuro, sean respetadas sus directivas, a cuyo fin, el juez designó a su cónyuge y hermana como representantes para el cumplimiento de la voluntad de aquélla (447).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resolvió que no se opone a la Convención Europea sobre Derechos Humanos la negativa de un Estado para autorizar, al familiar de una persona paralizada sujeta a una enfermedad incurable, y pese a mediar la conformidad de esta última, a que la asista en el suicidio (448).

Similar fue la decisión adoptada por la Suprema Corte de los Estados Unidos el resolver el caso "*Vacco v. Quill*" en 1997 (449).

Sostuvo que era válida una ley del Estado de Nueva York que reconocía el derecho de las personas a rechazar un tratamiento médico que podía prolongar sus vidas e, incluso, a evitar su muerte. Pero, esa persona, no podía requerir el auxilio de un médico o familiar para precipitar su muerte porque, estos últimos, serían partícipes de un suicidio. En el caso, la Corte consideró que no se violaba el principio de igualdad. No era igual la situación de quien, voluntariamente, decidía rehusar un tratamiento médico cuya ausencia puede desencadenar su muerte, de la persona que, mediante la acción positiva de terceros, provoca su muerte mediante un suicidio asistido, que configura un delito. En el primer caso, el médico debe respetar la voluntad del paciente porque él es dueño de su destino. En el segundo caso, el médico no puede acceder al pedido del paciente porque, sin su acción positiva, la muerte no se produce y, mediante esa acción, participa en un suicidio (450).

---

(447) LA LEY, 15 de septiembre de 2005.

(448) Caso "*P. c. Reino Unido*" del 29 de abril de 2002; LA LEY, 2003-B, 305.

(449) 521 US 793.

(450) MARÍA ANGÉLICA GELLI, *La prohibición del suicidio asistido*, LA LEY, 1998-B, 1346.

## 172. LIBERTAD AMBULATORIA

La libertad de tránsito y de domicilio se explicita en el derecho reconocido a todas las personas de trasladarse a los lugares que estimen más convenientes o necesarios para satisfacer sus necesidades, y de residir en el ámbito físico que ellas decidan.

Las libertades de tránsito y de domicilio están reconocidas en el art. 14 de la Constitución. Establece que, entre los derechos reconocidos a todos los habitantes del país, que pueden ser ejercidos conforme a las leyes reglamentarias, están el de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio del país. Además de la cláusula del art. 14, la Constitución también hace referencia a estas libertades en otras de sus disposiciones, como son las contenidas en los arts. 11, 12 y 18.

En el orden internacional, el art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas dispone: *"Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país"*. En igual sentido, el art. 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, a circular y residir con sujeción a las disposiciones legales y siempre que su ingreso al territorio fuera conforme a la ley. Cláusulas similares están insertas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 8 y 9) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 12 y 13).

Si bien el art. 14 de la Ley Fundamental menciona como titulares de los derechos que enuncia a los habitantes del país, ello no significa que estén privadas de disfrutar de la protección constitucional todas aquellas personas que residen en el extranjero. Una interpretación teleológica de la Constitución conduce, necesariamente, a reconocer las libertades constitucionales a todos los hombres que aspiren a ejercerlas conforme a las leyes reglamentarias, con prescindencia de su ubicación física.

La ley reglamentaria puede prever tratamientos diferentes atendiendo a las distintas situaciones de hecho que se presenten, pero, en un marco de razonabilidad, no puede desconocer en forma absoluta las libertades civiles de la Constitución a todas aquellas personas que no habitan en el territorio argentino. Si no se acepta esta conclusión, las relaciones jurídicas privadas de carácter internacional estarían desprovistas de toda seguridad jurídica.

### 173. LIBERTAD DE TRÁNSITO

La libertad de tránsito consiste en el derecho que tiene toda persona para ingresar, permanecer, circular y salir del territorio argentino.

No se trata de una libertad absoluta, de modo que es posible regular legislativamente su ejercicio en resguardo del orden público y de los derechos reconocidos a las personas.

El ingreso al país puede estar condicionado al cumplimiento de ciertas medidas sanitarias o de seguridad, como también al traslado a determinados lugares o regiones. Por razones de interés público puede ser prohibido el ingreso al país de los extranjeros, en forma total, parcial o sujeto a ciertos requisitos. De igual manera, es posible disponer la expulsión del territorio nacional de los extranjeros cuando sus comportamientos resultan lesivos para el orden público o cuando su ingreso se concretó de manera ilegal. En cambio, las restricciones para ingresar al país o la hipótesis de expulsión del territorio nacional, no serán aplicables a los argentinos.

Con respecto a los extranjeros que han ingresado ilícitamente al país, no pueden ser privados de su libertad ambulatoria hasta que no se dicte una decisión firme de expulsión del territorio nacional. Así lo resolvió la Cámara Federal de Paraná (451) al admitir el hábeas corpus interpuesto en favor de un extranjero ilegal que había sido retenido por la autoridad migratoria sin haber mediado una decisión de expulsión. Sostuvo que la retención autorizada por la ley 25.871, además de estar precedida por la orden de expulsión firme, no puede exceder del tiempo estrictamente indispensable para hacer efectiva esa medida. Por otra parte, la retención no puede ser asimilada a la detención porque, mientras que la primera está relacionada con una infracción administrativa, la segunda resulta de una causa criminal. Si bien es cierto que la expulsión de un extranjero la decreta la autoridad administrativa, ella carece de competencia para ejecutarla sin la previa intervención judicial destinada a revisar la decisión administrativa. En resguardo de la libertad de tránsito, el tribunal sostuvo que ella no podía ser cercenada por el riesgo de que, firme la orden de expulsión, el extranjero no sea hallado. Esto es así, porque la restricción de un derecho constitucional no puede estar basada sobre la ineficacia del órgano de control y mal puede recaer sobre la persona afectada el peso de las falencias de la autoridad de aplicación.

---

(451) LA LEY, 28 de diciembre de 2004.

Nadie puede ejercer la libertad de tránsito vulnerando derechos de terceros, ni concretar su ejercicio a través de medios de los cuales no se dispone legalmente. Asimismo, para preservar el orden público o el derecho de propiedad privada, el legislador puede autorizar la circulación en determinados espacios físicos pero no la permanencia en ellos.

La libertad de tránsito puede ser restringida judicialmente con motivo de la aplicación de leyes civiles o penales que, por motivos razonables, autoricen tales limitaciones. También el órgano ejecutivo puede regular esa libertad en el ámbito de sus potestades de administración, o disponiendo la detención o el traslado de las personas durante la vigencia del estado de sitio. La razonabilidad de tales limitaciones se debe ponderar en función de las modalidades de cada caso concreto.

Las limitaciones a la libertad de tránsito no pueden consistir en la aplicación de tributos que graven la actividad física del tránsito (art. 11 CN), aunque no existen impedimentos para que se apliquen ciertas contribuciones debido al medio que se utiliza para transitar o con motivo del uso de una obra pública. Tal es el caso del peaje o de las tasas que gravan el uso de aeropuertos, siempre que sean razonables y que no configuren un impuesto encubierto.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 12) autoriza aquellas restricciones siempre que estén previstas en la ley y sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud pública, la moral pública o los derechos de terceros. Se trata de las mismas razones que, conforme al art. 19 de la Constitución, permiten limitar razonablemente cualquiera de las libertades humanas.

#### 174. LIBERTAD DE DOMICILIO

La libertad de domicilio es una libertad corporal que se traduce en el derecho que tiene toda persona para habitar, permanecer y desarrollar sus actividades en un lugar físico determinado y conforme a las leyes reglamentarias.

El concepto constitucional de domicilio tiene un significado considerablemente más amplio que el que emana de la legislación civil. Comprende tanto el hogar como la residencia (452), el domicilio co-

---

(452) JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, p. 204, ob. cit.

mercial y cualquier otro espacio físico, móvil o inmóvil, sujeto al uso de una persona y destinado al desarrollo de una actividad privada, pública o semipública (453).

La libertad de domicilio no se agota con la permanencia de la persona en un lugar determinado, sino que abarca también la facultad de elegir y cambiar ese espacio físico sujeto al uso exclusivo, proyectando la libertad personal del individuo sobre el lugar y las cosas que están en el mismo.

La determinación de ese espacio físico no es una potestad absoluta, pues su ejercicio debe ser acorde con la legislación reglamentaria y no puede lesionar el orden público ni los derechos de terceros.

Sin perjuicio del reconocimiento genérico de la libertad del domicilio, establecida en el art. 14, la Constitución prevé una garantía especial en su art. 18. Esa norma establece que el domicilio es inviolable y que una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Reglamentando esta garantía constitucional, los arts. 150, 151 y 152 del Código Penal tutelan la inviolabilidad del domicilio, tipificando los delitos penales que configuran su violación (454).

El principio de la inviolabilidad del domicilio significa que nadie puede ingresar o permanecer en el domicilio de una persona sin su consentimiento. Se trata de una prohibición aplicable tanto a los particulares como a la autoridad gubernamental, que solamente puede ceder en los casos razonables previstos por la ley y dispuestos en virtud de una orden judicial.

La garantía constitucional alude al allanamiento, ocupación y clausura del domicilio. Ninguno de estos actos puede ser válidamente dispuesto sin la existencia de una ley que los faculte para el caso concreto. Sin embargo, y aunque exista la ley, la orden específica en cumplimiento de ella solamente puede emanar de un órgano judicial.

A nuestro entender, todas aquellas disposiciones legales que facultan a la autoridad administrativa o legislativa a practicar actos de allanamiento, clausura u ocupación del domicilio de una persona sin su consentimiento y prescindiendo de la orden específica emanada de un juez, carecen de validez constitucional, salvo que el in-

---

(453) GERMAN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 256, ob. cit.

(454) SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. IV, p. 85, Ed. La Ley, Buenos Aires 1946.



greso responda a una emergencia o estado de necesidad para prevenir la comisión de un delito o un daño inminente.

El concepto de domicilio se encuentra estrechamente relacionado con el de privacidad. Así, en los lugares públicos o semipúblicos como un comercio, museo, establecimiento escolar o planta industrial, la garantía del art. 18 de la Constitución solamente se proyecta sobre los espacios que están excluidos del acceso público. Una comisión policial puede ingresar en aquellos lugares desprovista de una orden judicial, pero no está facultada para extender su acción sobre esos espacios reservados.

La orden judicial de allanamiento conlleva la facultad de efectuar inspecciones y requisas en el domicilio por parte de la autoridad pública. Pero si el ingreso al domicilio se concreta con el consentimiento del titular, tales inspecciones y requisas no son viables sin la previa autorización judicial, a menos que el consentimiento se extienda a tales actos.

La Corte Suprema de Justicia adoptó un criterio restrictivo sobre la validez del consentimiento, en salvaguarda de la intangibilidad del domicilio. En el caso "*Fiorentino*" (455) estableció que el consentimiento debe ser expreso, descartando la validez del consentimiento tácito. La falta de oposición del titular del domicilio para que se practique un registro, en modo alguno puede ser equiparado al consentimiento expreso. Por otra parte, en cada caso corresponde verificar las circunstancias bajo las cuales fue otorgado el consentimiento. De ese análisis debe resultar que el consentimiento expreso fue prestado con libertad y sin que el sujeto estuviera sometido a algún tipo de presión (456). El consentimiento debe ser prestado por el titular del domicilio, pero si esa titularidad es compartida, resulta suficiente la conformidad expresa de uno de ellos, aunque la investigación involucre al otro titular en la presunta comisión de un delito (457). El consentimiento expreso debe provenir de quien es titular del derecho de exclusión sobre el ámbito domiciliario. Así, el registro del camarote de un buque que ocupa el imputado por la comisión de un delito, requiere del consentimiento expreso del capitán del barco (458).

El Alto Tribunal se apartó de estos presupuestos en el caso "*Fiscal c. Fernández*" (459). En un procedimiento relacionado con el tráfico

---

(455) Fallos CS 306:1752; 307:440; 308:2447; LA LEY, 1985-A, 160; DJ, 1985-1-511.

(456) Fallos CS 308:733.

(457) Fallos CS 311:962.

(458) Fallos CS 311:2171.

(459) Fallos CS 313:1305 (LA LEY Online), que mereció un análisis crítico de JORGE SANDRO (*Una distorsión de las garantías constitucionales; el agente en-*

de estupefacientes, la policía detuvo a Fernández, de nacionalidad boliviana, quien tenía en su poder cerca de medio kilogramo de cocaína. Fernández le informó a la policía que tenía en su domicilio nueve kilogramos de cocaína, razón por la cual fue acompañado a ese lugar por un integrante de la fuerza policial. El inmueble que había individualizado Fernández como su domicilio, resultó ser la sede del Consulado de Bolivia, y el ingreso al mismo fue dispuesto por el cónsul, quien conocía a Fernández. También ingresó el policía, aunque no se identificó como tal. A pedido de Fernández, el cónsul le entregó una caja que contenía la droga. Posteriormente y fuera de ese establecimiento fue detenido el cónsul. La Corte Suprema, al avalar el procedimiento y la prueba obtenida, sostuvo que la orden judicial previa no era requerible porque, la inviolabilidad de la sede consular, impedía librar una orden de allanamiento. También consideró que el ingreso al domicilio había sido autorizado por su titular y que no se había practicado allanamiento alguno, porque el cónsul entregó espontáneamente la droga a Fernández sin averiguar quién era la persona que lo acompañaba. Entendió que *"si está probado que el imputado y titular del derecho de exclusión, permitió el acceso a su casa de dos personas, una de las cuales desconocía, sin indagar los motivos del acompañamiento ni cerciorarse debidamente de la identidad del desconocido; y, pese a ello, con entera libertad y desprecio por las eventuales consecuencias de su proceder, recorrió el velo de protección de la intimidad de su hogar y realizó actos que permitieron comprobar el grave delito que estaba cometiendo, no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del art. 18 CN cuando fue su propia conducta discrecional la que posibilitó la presencia del agente preventor en el recinto privado y aquella comprobación"*. Resulta dudosa la razonabilidad de esta decisión porque, en realidad, cabe aseverar que el consentimiento del cónsul estuvo viciado por no haberse individualizado como tal el integrante de la fuerza policial. Existe una fuerte sospecha de que Fernández, acatando las sugerencias del personal policial, se prestó a realizar el procedimiento induciendo deliberadamente en el error al cónsul.

En el caso "Ventura" (460) la Corte declaró la nulidad del allanamiento realizado en una oficina porque, si bien medió el consentimiento de los titulares del domicilio, el acta confeccionada por per-

---

*cubierto, la inviolabilidad del domicilio y el debido proceso legal*, Doctrina Penal, p. 125, 1992) y ADRIÁN GONZÁLEZ CHARVAY (*La inviolabilidad del domicilio y el consentimiento validante de registros sin orden judicial*, Jurisprudencia Argentina, 1 de diciembre de 2004).

(460) Sentencia del 22 de febrero de 2005, Jurisprudencia Argentina 27 de abril de 2005; LA LEY, 2005-B, 319.

sonal de la Administración Nacional de Aduanas nada dice sobre cuáles fueron los motivos del allanamiento ni que se hicieron conocer al morador. Tal circunstancia permitiría sostener que el consentimiento estuvo viciado. Por otra parte, al momento de efectuarse el allanamiento sin orden judicial, *“no había ninguna indagación en curso relativa a la exportación con la que se vinculó el documento”* secuestrado.

La Corte Europea de Derechos Humanos (461) declaró la invalidez de un allanamiento realizado en el domicilio de un periodista para determinar quiénes habían sido los autores de la violación del secreto impuesto a un procedimiento por el cual fue condenado un ministro de gobierno por fraude fiscal, y cuyos detalles habían sido publicados por ese periodista. La nulidad del allanamiento fue dispuesta porque se había violado la tutela que corresponde dispensar a las fuentes periodísticas. La invalidez se extendió al allanamiento efectuado en el estudio del abogado del periodista con el fin de secuestrar documentación que éste había entregado a su letrado sobre la nota publicada. La Corte entendió que se violaba el art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos porque, ese segundo allanamiento, permitía develar la fuente periodística que el periodista resguardaba y que había puesto en conocimiento de su abogado.

Si existe una orden judicial para detener a una persona, no se requerirá la orden de allanamiento a fin de cumplir aquella accediendo al domicilio donde efectivamente se encuentra o al domicilio del cual es titular. De todas maneras, si la detención se hace efectiva en un domicilio del cual no es titular, no se podrán practicar requisas o inspecciones sin orden judicial o conformidad de ese titular.

En principio, la orden judicial debe ser precisa y concreta respecto al domicilio donde se procederá al allanamiento. Pero no hay reparos para que ella tenga cierta amplitud descriptiva razonable y que abarque varios espacios físicos, aunque carecerá de validez si la determinación del espacio físico queda librada a la autoridad pública. Se tratará, en tal caso, de una impropia delegación de facultades judiciales.

En ciertos casos particulares la orden de allanamiento, inspección y requisas no requiere la individualización precisa del domicilio. Tal situación se presenta con los automóviles, buques y aeronaves. Resulta suficiente la autorización judicial genérica respecto de tales espacios para que la autoridad pública proceda a su inspección e,

---

(461) Caso *“Roemen y Schmit v. Gran Ducado de Luxemburgo”* del 25 de febrero de 2005, LA LEY, 2003-E, 660.

inclusive, a su secuestro a los fines del esclarecimiento de los hechos investigados. Cuando se trata de constatar si un automotor, buque o aeronave reúnen los requisitos que habilitan su circulación, la autoridad pública no requiere de autorización judicial previa para cumplir su cometido, ni tampoco si, constatado el incumplimiento de aquellos, se dispone el secuestro correspondiente.

En varios tratados internacionales encontramos disposiciones protectoras del domicilio. Así, el art. 9º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a la inviolabilidad del domicilio. A su vez, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su domicilio y que las leyes deben proteger a las personas contra tales actos.

### 175. LA LIBERTAD DE RELIGIÓN

La religión es un conjunto fundamental de creencias o dogmas sobre la divinidad, que se traduce en una serie de principios de carácter metafísico que impulsan al hombre a adoptar determinados comportamientos y a cumplir con ciertos ritos acordes con aquellas creencias.

La libertad de religión comprende dos potestades. La libertad de creencia o de conciencia, y la libertad de cultos. La primera, es una manifestación de la libertad de pensamiento sobre una materia religiosa. La segunda es la libre exteriorización de ese pensamiento a través de prácticas y ritos que conforman el culto.

La libertad de religión es creencia y práctica. Abarca la libertad de creer, o no, sobre aquellos principios metafísicos, y de exteriorizar esas creencias practicando libremente el culto de una religión, sin que se le pueda imponer al individuo la obligación de practicar un culto determinado.

La libertad de creencia en materia religiosa es una especie del género libertad de pensamiento que tiene toda persona para desarrollar en su fuero interno las ideas políticas, filosóficas y sociales que nutren su personalidad. Es la libertad de creer sobre la divinidad en un sentido determinado, así como también la libertad de no creer; de formar un juicio según su propio criterio y decidir libremente, sin que esa acción intelectual pueda quedar sujeta a reglamentación legal alguna. Así, la libertad de creencia es absoluta, porque antes de su exteriorización se desenvuelve al margen de toda relación social y del ámbito de la ley positiva.

La libertad de cultos, como manifestación de la libertad de conciencia, se traduce en el derecho que tienen las personas para ejecutar actos y participar en ceremonias representativas de la creencia religiosa.

Este segundo aspecto de la libertad de religión, en la medida que genera relaciones sociales que gravitan sobre la configuración de la vida social, puede ser objeto de reglamentación legal pero solamente en sentido negativo. La ley no puede indicar cuál debe ser el contenido del culto, sino limitarse a describir los comportamientos vedados con motivo de la práctica religiosa y que, básicamente, son aquellos lesivos para el orden público, la moral pública y los derechos subjetivos de los habitantes.

La libertad de creencia es absoluta e insusceptible de regulación legal. A nadie se le puede ordenar o prohibir que tenga, o deje de tener, una creencia determinada.

En cambio, la libertad de cultos es relativa, como todas las libertades constitucionales. La libertad de cultos sólo puede ser ejercida lícitamente de conformidad a las leyes reglamentarias que, además de ser razonables, no pueden superar los límites resultantes de los arts. 19 y 28 de la Constitución.

La libertad de religión, en ese marco histórico de intolerancia que ha caracterizado la lucha del hombre por su libertad, es quizás una de las libertades constitucionales que estuvo temporalmente más postergada. La estrecha relación que en otras épocas existió entre la política y la religión, fue probablemente la razón determinante por la cual la legislación española colonial no reconocía otra religión que no fuera la Católica Apostólica Romana.

Los lineamientos de esa legislación perduraron en los primeros documentos constitucionales. El Estatuto Provisional de 1815 establecía que *"La Religión Católica Apostólica Romana es la religión del Estado. Todo hombre deberá respetar el culto católico y la religión santa del Estado. La infracción de este artículo será mirada como una violación de las leyes fundamentales del país"* (arts. 1º y 2º, cap. II, sec. I). Normas similares fueron incorporadas al Estatuto Provisional de 1816, al Reglamento Provisorio de 1817, a la Constitución de 1819 y a la Constitución de 1826.

Pero casi en forma simultánea, y bajo la influencia del movimiento constitucionalista, fueron redactados documentos legales que reconocían la libertad de cultos. El primero de ellos fue la Carta de Mayo, dictada en 1825 por la provincia de San Juan, que en su art. 17 establecía que *"ningún ciudadano o extranjero, asociación del país o extranjera, podrá ser turbado en el ejercicio público de su religión, cual-*

*quiera que profesare, con tal de que los que la ejecuten paguen y costeen a sus propias expensas su culto”.*

Ese mismo año, la Junta de Representantes de la provincia de Buenos Aires sancionó una ley disponiendo que *“es inviolable en el territorio de la Provincia el derecho que todo hombre tiene para dar culto a su Dios Todopoderoso, según su conciencia”* (art. 1º), y que *“el uso de la libertad religiosa queda sujeto a lo que prescriben la moral, el orden público y las leyes existentes del país”* (art. 2º).

La libertad de religión está expresamente reconocida por el art. 14 de la Constitución, al disponer que todos los habitantes del país tienen el derecho de profesar libremente su culto que, necesariamente, presupone una creencia. Todo ello sin perjuicio de la situación especial que la Constitución le asigna a la religión Católica Apostólica Romana en función de una razonable consideración de tipo histórico, tradicional y sociológico (art. 2º C.N.).

Al margen del principio general establecido por el art. 14 de la Ley Fundamental, son varias las disposiciones de la Constitución relacionadas con el tema de la religión.

Es manifiesta la existencia de una creencia religiosa en los constituyentes, quienes, en el Preámbulo, invocaron la protección de Dios como fuente de toda razón y justicia. En el art. 2º, se impone al gobierno federal la obligación de sostener el culto católico apostólico romano; en el art. 19 se declaran reservadas exclusivamente a Dios todas las acciones privadas que no ofendan al orden, a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero. Asimismo, y hasta la reforma constitucional de 1994, entre las condiciones de elegibilidad impuestas al presidente y vicepresidente de la Nación, se establecía la pertenencia a la comunión católica apostólica romana, requisito no exigido para ocupar otros cargos públicos. De igual manera, en la fórmula para el juramento presidencial se hacía referencia a *“Dios Nuestro Señor y estos Santos Evangelios”* (art. 80).

En su carácter de norma reglamentaria de las libertades constitucionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos regula la libertad de religión en su art. 12, estableciendo ciertos principios a los cuales debe adecuarse su ejercicio, es decir, la libertad de cultos.

Dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión, y que ello implica la libertad de conservar o cambiar su religión o creencias. Esa libertad se traduce en el ámbito externo en la potestad de profesar y divulgar la religión, en forma individual o colectiva, y tanto en público como en privado.

Como la libertad de cultos, a diferencia de la libertad de creencia, no es una libertad absoluta, la Convención prescribe que ella debe ser ejercida conforme a las limitaciones establecidas por las leyes para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas y las restantes libertades del hombre. Son los límites que prevé el artículo 19 de la Constitución.

Pero, al margen de esas limitaciones, la libertad de religión también genera una obligación impuesta al Estado, por la cual no se pueden dictar medidas restrictivas que conduzcan a menoscabar a aquella, ni tolerar acciones privadas que apunten a igual finalidad.

Entre esas obligaciones, la Convención establece que el Estado debe reconocer a los padres su derecho a decidir cuál es la educación religiosa y moral que se imparta a sus hijos. Disposiciones similares aparecen contenidas en el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 3º) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 18), que reconocen la libertad de religión y su ejercicio, tanto en público como en privado.

La pertenencia a determinada creencia o la práctica de un culto específico no pueden condicionar el reconocimiento y ejercicio de los derechos políticos.

Tampoco, aunque como principio general, tratándose de derechos civiles (462). Sin embargo, cuando la confesión religiosa es el factor determinante de una relación social razonable, es viable condicionar a ella el ejercicio de ciertos derechos. El derecho de enseñar o de aprender en una escuela confesional, de pertenecer a asociaciones confesionales, son algunas de las hipótesis en que, razonablemente, la religión o el culto pueden condicionar el ejercicio de ciertos derechos.

La libertad de conciencia, como ámbito de la libertad de religión, es reservada e integra el derecho a la intimidad de las personas. De manera que nadie puede ser obligado a revelar sus creencias religiosas para ejercer un derecho, con la salvedad de las hipótesis citadas en el párrafo anterior.

Esas limitaciones no se pueden extender, en materia de educación, a una suerte de prohibición impuesta a los padres para educar

---

(462) Fallos CS 302:604. Se resolvió que no se podía negar la radicación en el país de un extranjero que manifestó participar de una creencia religiosa cuyo culto estaba prohibido, porque se estaría violando su intimidad y pensamiento privado que tutela el artículo 19 de la Constitución.

a sus hijos conforme a los principios que conforman su libertad de creencia en materia religiosa. Tales principios deben ser respetados por el Estado quien no puede, obligatoriamente, disponer que las personas en general, y los menores en particular, queden sometidos a la enseñanza de una determinada creencia religiosa y a cumplir el culto resultante de ella.

Tampoco se puede obligar que, en actos públicos o semipúblicos, las personas adopten alguna práctica correspondiente a un culto. Jurar por cierta creencia religiosa o asistir a una ceremonia religiosa, como consecuencia de una norma general, constituye una violación a la libertad de creencia y a la libertad de culto.

Se ha considerado que, la objeción de conciencia resultante de una creencia religiosa, no es razón suficiente para no cumplir con ciertas obligaciones cívicas como el deber de votar (463), porque la conducta es lesiva para el bien común.

La pertenencia a determinada creencia no permite excluir a quienes la poseen de establecimientos educacionales que no tienen carácter confesional, así como tampoco la expulsión de ellos a menores de edad que, sobre la base de sus creencias, no están dispuestos a reconocer los símbolos patrios (464).

La doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, conforme a la cual la libertad de creencia religiosa no era impedimento para prestar el servicio militar obligatorio (465), fue atemperada por el tribunal en el caso "*Portillo*" (466). Sostuvo que el servicio militar se debía prestar, por tratarse de una carga pública, pero bajo condiciones que no fueran manifiestamente lesivas para las creencias de un individuo, como la de portar armas.

La ley 21.745 y sus normas reglamentarias, en particular el decreto 2037/79, establecen los recaudos que deben cumplir las organizaciones religiosas, con la salvedad de la Iglesia Católica Apostólica Romana, para ser reconocidas como tales e inscriptas en el registro de cultos.

El Registro Nacional de Cultos es el organismo administrativo habilitado para disponer el reconocimiento, y consecuente inscripción, de las organizaciones religiosas o su cancelación.

---

(463) Cámara Nacional Electoral, *El Derecho* 142-555.

(464) Fallos CS 299:358 y 301:151.

(465) Fallos CS 304:1524 y 305:808.

(466) Fallos CS 312:496; LA LEY, 1989-C, 405; LLC, 1989-834; DJ, 1989-1-1060.



Para obtener el reconocimiento, las organizaciones deben informar sobre su nombre y domicilio; identificar a sus autoridades responsables; describir los principios fundamentales de su doctrina; la forma de nombramiento de sus autoridades religiosas; su forma de gobierno; describir las actividades permanentes y regulares de su culto; indicar el número aproximado de sus adherentes o fieles.

Si de la evaluación de tales elementos se comprueba el carácter específicamente religioso de la entidad, y su compatibilidad con el orden público, la seguridad nacional, la salud pública, la moral y las buenas costumbres, corresponderá disponer su inscripción y reconocimiento para actuar en el territorio nacional.

La inscripción puede ser denegada o, en su caso, disponer la cancelación de la ya acordada, si se acredita que los principios o fines que originaron la constitución de la identidad, o la actividad que ella ejerce colisionan con los valores citados en el párrafo anterior; o cuando el ejercicio de sus actividades resulten distintos de los propósitos o principios que determinaron su reconocimiento; o cuando su actividad resulte lesiva para otras organizaciones religiosas.

Tanto la denegación del reconocimiento como la cancelación, sólo pueden ser dispuestas previa sustanciación de un proceso administrativo en el cual se deberán respetar las reglas sustantivas del debido proceso. Asimismo, la decisión que se adopte, es susceptible de revisión judicial.

Mediante la inscripción, la entidad queda habilitada para desarrollar su culto en lugares públicos y obtener diversos beneficios, especialmente en materia fiscal. Pero el desconocimiento estatal de una organización religiosa, no importa la prohibición de la creencia ni la práctica del culto en lugares privados a menos que, mediante ellos, se incurra en la comisión de delitos.

## 176. LIBERTAD DE ENSEÑANZA

La libertad de enseñar y aprender, prevista en el art. 14 de la Constitución Nacional, consiste en la potestad reconocida a toda persona para acceder, mediante su capacitación intelectual, al conocimiento de la labor científica en todas sus áreas y niveles, y para transmitir esos conocimientos a los demás en un marco de pluralismo y libertad de opinión.

Sintéticamente, enseñar significa instruir mediante la emisión de conocimientos, y aprender es el acto por el cual se adquieren esos

conocimientos. Ambos conceptos configuran una unidad indisoluble, ya que toda enseñanza presupone un aprendizaje y el acto de aprender es consecuencia y objeto de la enseñanza.

El rol de la educación es fundamental en toda sociedad política moderna, y particularmente en un sistema democrático constitucional, donde su eficiencia y perdurabilidad están supeditadas a la capacidad de raciocinio de las personas. La educación es la única herramienta que permite desarrollar las facultades intelectuales y morales del ser humano. Ella lo relaciona con los progresos científicos de la humanidad, y le brinda la capacitación necesaria para el ejercicio adecuado de sus derechos y el cumplimiento de los deberes que le impone una convivencia social armónica.

En una sociedad democrática, cada uno de sus integrantes debe ser apto para ser libre en la expresión de su personalidad, participando de los beneficios que le ofrece el desarrollo de la civilización. De tal manera, el rol de una educación pluralista no reside en adocctrinar al individuo, sino en fomentar el desarrollo y enriquecimiento de la personalidad para ser artífice y beneficiario del progreso científico.

La importancia de la instrucción pública para el desarrollo de la educación, fue resaltada por los precursores de nuestro proceso constituyente. Linares Quintana tras destacar que la educación es el presupuesto indispensable para una vida democrática, cita las opiniones de Domingo Faustino Sarmiento y Esteban Echeverría. El primero escribía que la instrucción es *"el grado de educación que tiene o recibe un pueblo culto para prepararse debidamente al desempeño de las múltiples funciones de la vida civilizada"*. El segundo, en su Manual de Enseñanza, sostenía: *"El derecho precioso de influir de un modo directivo y activo en los negocios de vuestro país, de tomar parte en la vida política, y conquistar el poder o la iniciativa social sólo pueden ejercerlo los que, como vosotros, procuren instruirse con el fin de ser ciudadanos útiles. Estáis, por lo mismo, obligados a trabajar para que se propague la instrucción"* (467).

Esa importancia está claramente reflejada en el texto de la Constitución. El art. 5° impone a las provincias, para disfrutar de la garantía federal, el deber de asegurar la educación primaria. El art. 14 reconoce, a todos los habitantes del país, el derecho de enseñar y aprender conforme a las leyes reglamentarias. El art. 25 dispone que el Gobierno federal no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto

---

(467) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. IV, p. 544, ob. cit.

alguno la entrada en el territorio nacional de los extranjeros que traigan por objeto introducir y enseñar las ciencias y las artes. El art. 75, inc. 18, establece que el Congreso debe proveer lo conducente para el progreso de la ilustración dictando planes de instrucción general y universitaria. El art. 75, inc. 19, determina que el Congreso debe sancionar leyes de organización y de base de la educación que, entre otros aspectos, garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación, y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

La libertad de enseñanza está integrada por tres conceptos.

En primer lugar, involucra la potestad de transmitir las opiniones y conocimientos científicos o dogmáticos que tiene una persona, exponiendo los fundamentos de su postura en la forma que se considere más conveniente para su comprensión. Esto se traduce en la llamada *libertad de cátedra*.

No advertimos reparos constitucionales para que el ejercicio de la enseñanza, en todos los niveles educativos, esté condicionado al requisito de la idoneidad. Requisito que, al margen de los antecedentes éticos y profesionales del educador, puede imponer la posesión de un título habilitante. Pero no es viable condicionar el ejercicio de tal derecho a la pertenencia a un grupo social o por razones de nacionalidad (468), máxime teniendo en cuenta la cláusula específica del art. 25 de la Ley Fundamental.

En algunas normas y estatutos de las universidades nacionales se establece el límite de 65 años de edad para ejercer la docencia universitaria. La Corte Suprema, compartiendo el dictamen del Procurador General, consideró que tal temperamento era constitucional por su carácter general, sin atender a diferencias personales y estar desprovisto de todo ánimo persecutorio (469). Consideramos que estas disposiciones, al margen de carecer de razonabilidad, no se compadecen con el requisito de la idoneidad. Si un docente, cualquiera sea su edad, participa exitosamente en los concursos públicos y si, durante el lapso de su nombramiento, desempeña con excelencia la función docente no existe un motivo racional para dar por concluidas sus funciones al arribar a la edad de 65 años. Tal conclusión no se altera por el hecho de que pueden acceder, por decisión

---

(468) Fallos CS 311:2272. En contra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires del 31 de marzo de 2005 (El Derecho, 1° de diciembre de 2005).

(469) Fallos CS 307:1964 y sentencia del 16 de noviembre de 2004 en el caso "Arguello" (El Derecho, 30 de diciembre de 2005).

de las autoridades universitarias, a los cargos de profesores consultos o eméritos, por tratarse de nominaciones honoríficas desprovistas de la jefatura docente que corresponde a los profesores ordinarios adjuntos o titulares de cátedra. Fijar límites de esa naturaleza, con prescindencia del principio de idoneidad, configuran discriminaciones irrazonables susceptibles de afectar la excelencia de los claustros docentes.

Similar situación se plantea cuando, conforme a ciertas normas que organizan la estructura del Poder Judicial, se prohíbe ejercer la docencia universitaria a funcionarios y magistrados judiciales. Tanto el ejercicio del arte de abogar, como la magistratura judicial, enriquecen la capacitación práctica del docente y benefician sensiblemente el derecho a aprender (470). La prohibición puede ser aceptable si abarca la docencia de tiempo completo o parcial, o una cantidad de horas de docencia que, razonablemente, impiden una dedicación intensa al desempeño de la función jurisdiccional.

En segundo lugar, abarca el derecho de aprender que tiene todo individuo para acceder al conocimiento y enriquecimiento cultural.

Tanto los establecimientos educativos privados como los estatales pueden condicionar el ingreso a aquellas personas que cumplan con ciertos requisitos intelectuales o establecer cupos. Sin embargo, en el caso de la enseñanza estatal, tanto la Nación como las provincias deben arbitrar las soluciones necesarias para que las limitaciones no se tornen arbitrarias o irrazonablemente discriminatorias.

La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que los establecimientos educacionales no pueden excluir a los alumnos que se abstienen de cumplir normas disciplinarias por razones religiosas, sobre la base del reconocimiento de la objeción de conciencia (471). Pero no acontece lo propio cuando ello obedece a la aplicación de sanciones razonables por conductas agraviantes para la convivencia estudiantil y el principio de autoridad (472). Asimismo, que los requisitos físicos exigidos a los alumnos en los establecimientos nacionales, deben ser razonables (473), criterio que consideramos inaplicable para los establecimientos educativos privados, a menos que tengan subsidios

---

(470) DANIEL ALBERTO SABSAY, *El ejercicio de la docencia por parte de los magistrados en la reciente interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, LA LEY, 2003-F, 1479.

(471) Fallos CS 301:151; 303:1366.

(472) Fallos CS 310:2085; sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, del 18 de mayo de 2005 en autos "M.R.F." (El Derecho, 18 de agosto de 2005; LA LEY, 11 de noviembre de 2005).

(473) Fallos CS 305:1489; 306:400.

del sector público. Tampoco resulta discriminatorio que el ingreso a un colegio religioso esté condicionado a la pertenencia al culto correspondiente.

En aquellos niveles en que la enseñanza reviste carácter obligatorio, la aportada por el Estado debe ser gratuita. Sin embargo, consideramos que la educación universitaria nacional no está sujeta a esa imposición. El carácter autárquico y autónomo de las universidades nacionales (art. 75, inc. 19, CN), les permite fijar aranceles procurando conciliar los principios de gratuidad y equidad, respetando las imposiciones provenientes de la igualdad. Si se optara por esta alternativa, los aranceles deberán ser razonables previendo exenciones, totales o parciales, para los alumnos carentes de recursos suficientes que cumplen regularmente con las obligaciones educacionales.

En tercer lugar, importa la facultad que tiene toda persona para recibir el tipo y contenido de enseñanza que considere más conveniente para el desarrollo de su personalidad. Esto importa una potestad de elección sobre el material, procedimientos y personas que efectuarán la enseñanza.

Como la libertad de enseñanza no es una libertad absoluta, su ejercicio debe adecuarse a las normas que dicte el Estado para preservar el orden público, la moral y las buenas costumbres, en un marco de razonabilidad que no se oponga al pluralismo ni a los esfuerzos particulares destinados a la difusión de la enseñanza en todas las áreas del saber humano. Su objetivo debe apuntar a la concreción de la excelencia en el aprendizaje y la enseñanza.

La intervención del Estado debe apuntar al establecimiento y desarrollo de la educación, porque la escuela capacita a los ciudadanos para participar en el proceso político y forma los técnicos cuya actividad beneficia a los individuos y a la sociedad. Pero en un sistema democrático constitucional la intervención del Estado no puede conducir al monopolio de la enseñanza, porque ello supera con exceso los límites establecidos por el art. 28 de la Constitución para la reglamentación del derecho individual de enseñar y aprender.

El Estado puede, y debe, fijar los planes generales en materia educacional y proceder a ejecutarlos, en salvaguarda del principio de igualdad, para que sus beneficios sean susceptibles de ser aprovechados por todos los hombres. Pero esa actividad no puede desconocer la iniciativa privada y su consecuente libertad de enseñanza, sino que debe complementarla o, en su caso, permitir que ella complemente la labor educativa estatal. Por cualquiera de estas vías, el Estado dará cumplimiento a uno de los fines personalistas que

motivan su creación, cual es fomentar la educación del ser humano como presupuesto de su libertad y dignidad. Inclusive, no existen reparos para que la Nación y las provincias subsidien económicamente a los establecimientos de enseñanza privada, aunque se trata de una potestad y no de una obligación estatal.

Esta función primordial del Estado, está debidamente prevista en la Constitución, que asigna su cumplimiento tanto al Estado Federal como a las provincias.

Así, el art. 75, inc. 19, de la Ley Fundamental, establece que el Congreso debe proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de las provincias, y al progreso de la ilustración, mediante el dictado de planes de instrucción general y universitaria. También le impone la sanción de leyes que organicen la educación consolidando la unidad nacional y respetando las particularidades provinciales y regionales. La política, en materia de educación, debe ser delineada por el Estado con la participación de la familia y los grupos sociales, promoviendo los valores democráticos, la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminaciones, garantizando la gratuidad y equidad de la educación pública estatal, así como también la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

Tales normas lo facultan para dictar leyes federales que establezcan los contenidos mínimos de la educación, los planes y niveles de estudio y los presupuestos para la expedición de títulos o certificados que avalen los conocimientos adquiridos y la capacitación técnica para ejercerlos socialmente cuando está involucrada la salud, la seguridad o el interés público.

El Estado Federal también está autorizado para establecer y administrar directamente institutos educativos en todo el territorio del país y en todos los niveles, ya sean primarios, secundarios, terciarios o universitarios. Pero esto no significa privar a las provincias de igual potestad. Por el contrario, el art. 5° de la Ley Fundamental condiciona la aplicación de la garantía federal a que las provincias se dicten una constitución que asegure la educación primaria. Se trata de una obligación mínima impuesta a las provincias que no excluye su potestad de crear y administrar establecimientos de enseñanza correspondientes a los niveles superiores.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos, que prevé el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental, ofrecen una detallada protección a esta libertad. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce el derecho a la educación que debe basarse sobre los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas; el ejercicio de ese derecho debe propender a la capa-

citación de los individuos para lograr una subsistencia digna, mejorar su nivel de vida y permitirle ser útil a la sociedad; la educación debe ser gratuita, al menos, en el nivel primario (art. 12). Además, se impone a toda persona la obligación de adquirir a lo menos la instrucción primaria (art. 31).

La Declaración Universal de Derechos Humanos también establece el carácter obligatorio y gratuito de la instrucción elemental; el principio de igualdad para el acceso a los estudios superiores; la educación debe fomentar la comprensión, tolerancia y amistad entre las naciones y los grupos étnicos o religiosos, apuntando al desarrollo de la personalidad humana y al fortalecimiento del respeto a los derechos humanos; el derecho de los padres para escoger el tipo de educación que se les brindará a sus hijos (art. 26).

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fueron incluidas numerosas expresiones y características de la libertad de enseñanza a las cuales deben adecuarse las leyes de los Estados Parte. Dispone que la educación debe orientarse hacia el desarrollo de la personalidad y dignidad humana, fortaleciendo el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales; ella debe capacitar a las personas para participar en una sociedad libre, favoreciendo la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los grupos raciales, étnicos o religiosos; la enseñanza primaria debe ser obligatoria y gratuita; la enseñanza secundaria y superior deben ser accesibles a toda persona implantando, de manera progresiva, su gratuidad; corresponde respetar la libertad de los padres de escoger para sus hijos establecimientos educacionales distintos de los creados por las autoridades (art. 13). Todos aquellos Estados que no tuvieran en vigencia un régimen de enseñanza primaria obligatoria y gratuita se comprometen en un plazo de dos años a formular un plan que permita alcanzar tal objetivo (art. 14).

### 177. LIBERTAD DE PETICIÓN

La libertad de petición, que se traduce en el derecho de peticionar a las autoridades, es la facultad constitucional que tiene toda persona para solicitar o demandar, en forma individual o colectiva, a los funcionarios que ocupan los cargos gubernamentales para que produzcan determinados actos u omisiones (474).

---

(474) Conf. Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, p. 210, ob. cit.; Juan A. González Calderón, *Derecho Constitucional Argentino*, t. II, p. 115, ob. cit.; Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho*

Se trata, en cierto modo, de una especie de la libertad de expresión. La libertad de pensamiento y la libertad de expresión no son, a igual que las restantes libertades del hombre, elementos aislados cuya ponderación pueda efectuarse solamente en una zona específica de la vida social. Ellas abarcan todo su conjunto y se insertan especialmente en el sistema político de la sociedad al condicionar la efectiva vigencia de las demás libertades, tanto las de carácter natural como los derechos que emanan de la creación positiva.

Si a los hombres no se les reconoce, por el poder político, la facultad de expresar libremente sus pensamientos formulando peticiones encaminadas a salvaguardar sus derechos subjetivos o a generar actos determinados de la autoridad, la subsistencia de sus restantes libertades carecerá de un fundamento sólido, en la medida en que aquella libertad estratégica constituye el factor desencadenante que impulsa todo tipo de actividad humana.

El destinatario del derecho específico de peticionar, reconocido por el art. 14 de la Constitución Nacional a todos los habitantes del país, es la autoridad pública.

Como toda libertad, no es absoluta, pues su ejercicio debe adecuarse a las leyes reglamentarias dictadas en el marco de la razonabilidad establecida por el art. 28 de la Ley Fundamental, y respetando el límite consagrado por la propia Constitución en su art. 22 para no incurrir en un acto de sedición. Así, la petición deja de ser un derecho que merece la tutela legal cuando, por su intermedio, se incurre en la comisión de delitos o se lesiona el orden o la moral pública. Tal es lo que acontece cuando la petición está acompañada con la ejecución, individual o colectiva, de actos prohibidos por la ley o que lesionan arbitrariamente los derechos de las personas (art. 19 CN). En esta categoría incluimos a los "piquetes", el corte de vías de comunicación impidiendo el tránsito, la ocupación de establecimientos públicos o privados.

No se trata necesariamente de una libertad política. La circunstancia de que su ejercicio en algunas oportunidades tenga por objetivo controlar u orientar la actuación gubernamental, no significa que tal derecho resulte de imposible concreción en ámbitos que son ajenos al proceso del poder (475). Los derechos que enuncia el art. 14

---

*Constitucional*, t. IV, p. 570, ob. cit.; Germán Bidart Campos, *Derecho Constitucional*, t. II, p. 280, ob. cit.

(475) Conf. JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 219, ob. cit.; GERMÁN BIDART CAMPOS, *Derecho Constitucional*, t. II, p. 280, ob. cit. En cambio, para JOAQUÍN V. GONZÁLEZ se trata de un derecho esencialmente político (*Manual de la Constitución Argentina*, p. 210, ob. cit.).



de la Constitución no tienen una caracterización civil o política determinadas, ya que ella resultará del marco político o civil en que se exteriorice su ejercicio.

El derecho de peticionar a las autoridades, con su amplísima variedad de matices, puede responder a objetivos genéricos o específicos. Entre estos últimos, adquieren significativa relevancia las peticiones destinadas a salvaguardar un derecho subjetivo del peticionario, por ser los medios efectivos reconocidos por la ley para posibilitar su efectiva concreción. Asimismo, el derecho de petición se puede ejercer frente a cualquier tipo de autoridad, esté englobada en el órgano legislativo, ejecutivo o judicial.

En un sistema republicano, donde el poder emana de la comunidad y donde los gobernantes tienen el deber de servir a los gobernados, el ejercicio del derecho de petición genera para las autoridades una obligación mínima, cual es la de recibir, atender y analizar el contenido de las peticiones.

Sin embargo, cuando la petición no recae sobre temas para los cuales la ley impone al funcionario la obligación de expedirse, o sobre cuestiones que no involucran un derecho subjetivo, el ejercicio de la facultad de peticionar no trae aparejada la obligación correlativa de pronunciarse sobre la petición o de informar al peticionario sobre el curso de acción que eventualmente se impondrá a su solicitud (476). Así, solicitar a la Policía Federal que elabore un anteproyecto de ley sobre el matrimonio civil o requerir a un legislador que decrete un indulto.

En estos casos, tales comportamientos no son legalmente exigibles, en virtud del poder discrecional de las autoridades para expedirse o guardar silencio respecto de las inquietudes transmitidas por los particulares. Además, y desde un punto de vista práctico, resultaría absurdo y lesivo para la eficiencia de la estructura gubernamental pretender que las autoridades dedicaran su tiempo y esfuerzo para resolver e informar sobre todas las peticiones carentes de la más elemental razonabilidad o decoro que les fueran planteadas.

Distinta es la solución cuando las peticiones se realizan para hacer valer un derecho subjetivo del peticionario, y según el cauce establecido por la legislación reglamentaria. Estas peticiones, si son efectuadas ante el organismo competente, deben ser necesariamente

---

(476) CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 145, ob. cit.; SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. IV, p. 573, ob. cit.

resueltas con una fundamentación por la autoridad, y su contenido puesto en conocimiento del interesado en virtud del principio de la publicidad de los actos gubernamentales (477).

Otro tanto acontece en todos aquellos supuestos en que el contenido de la petición recae sobre temas para los cuales la ley impone al funcionario la obligación de expedirse sobre ellos, o de imprimir un determinado curso de acción, aunque la petición no esté relacionada con un derecho subjetivo del peticionario. En estos casos existe la obligación de dar curso al contenido de la petición, aunque no necesariamente la de informar al peticionario sobre la decisión adoptada.

Cuando la petición apunta a salvaguardar un derecho subjetivo, el derecho de peticionar no se agota con el simple acto de la petición, sino con el cumplimiento de la obligación de expedirse que pesa sobre la autoridad. Por ello resulta incorrecto entender que los alcances del derecho de peticionar se limitan al acto de la petición, y que el mismo no es un medio a través del cual se ejercen otros derechos. Resulta difícil comprender cómo es posible hacer valer los derechos subjetivos que reconoce la Ley Fundamental si no es acudiendo al ejercicio de la facultad de peticionar a las autoridades. Por otra parte, no se advierte cuáles pueden ser los reparos para admitir que varios derechos constitucionales puedan ser ejercidos simultáneamente y en forma complementaria, aunque puedan merecer un tratamiento legal diferente.

Si la petición es genérica y no involucra derechos subjetivos, así como tampoco la obligación legal para la autoridad de expedirse o asignarle un determinado curso de acción, la relación jurídica se agota con el cumplimiento del deber de recibir la petición y de analizar su contenido. Pero si la petición apunta a obtener el reconocimiento de un derecho subjetivo, obviamente distinto al derecho de peticionar, que podrá ser negado por la autoridad, su ejercicio persiste hasta el momento en que la autoridad cumple con su obligación de expedirse, poniendo en conocimiento del peticionario el contenido de la resolución dictada.

Pero en ningún caso pueden interpretarse los alcances del derecho de petición en el sentido de generar para la autoridad el deber de aceptar la solicitud dictando una resolución favorable al requerimiento del peticionario.

---

(477) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 303, ob. cit.

Si bien usualmente el análisis de esta libertad aparece estrechamente relacionado con el ejercicio de las libertades políticas y con la defensa de los derechos subjetivos ante la autoridad judicial, su ámbito se extiende a toda materia de interés público o privado y frente a cualquier especie de autoridad gubernamental. Asimismo, si bien es susceptible de reglamentación, su ejercicio no puede ser causa de penalidades para el peticionario, salvo si por su contenido se incurre en agravios lesivos para un bien jurídico razonablemente tutelado por la ley.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por una razón de interés general o particular, y el de obtener pronta resolución (art. XXIV).

### 178. LIBERTAD DE REUNIÓN Y DE ASOCIACIÓN

El ser humano, debido a su naturaleza social, necesita, además de vivir, comunicar su pensamiento a otros y conocer el contenido del pensamiento de las personas con las cuales convive en el marco de innumerables relaciones sociales. El hombre es un animal que piensa, y sus vivencias se complementan al entrar en comunicación con quienes lo rodean mediante la recíproca expresión externa de sus conceptos, ideas y razonamientos. Quien sólo se habla a sí mismo, desconociendo un imperativo de la naturaleza humana, es un desequilibrado, ya que no participa plenamente en la vida de la humanidad ni cumple con su destino social.

La natural necesidad de convivencia y comunicación que impregna al ser humano, genera actitudes y comportamientos que reflejan su anhelo intenso de participación social. Esa expresión del comportamiento, que enriquece al individuo y al grupo social, se concreta mediante el ejercicio de diversas libertades, entre las cuales figuran la de reunión y la de asociación.

En ambos casos, se trata de libertades que, además de satisfacer la necesidad de convivencia existente en la naturaleza del hombre, son medios eficaces para concretar un sistema político democrático constitucional. No es posible concebir la vida democrática sin el ejercicio de las libertades de reunión y asociación (478), y su amplitud

---

(478) CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 146, ob. cit.

legal constituye un elemento eficiente para valorar, en cada caso concreto, la mayor o menor tipificación democrática de un sistema.

En los sistemas autoritarios, el reconocimiento de estas libertades es muy limitado y se lo condiciona a los fines transpersonalistas de la organización global. En cambio, en los sistemas democráticos constitucionales las libertades de reunión y asociación están relacionadas con su carácter pluralista, que hace a la esencia del sistema. Por tal razón, su reconocimiento legal y práctico es sumamente amplio y sujeto únicamente a las razonables limitaciones impuestas por una convivencia social armónica.

### 179. LIBERTAD DE REUNIÓN

La libertad de reunión, en un concepto amplio, consiste en la potestad que tiene cada individuo para comunicarse corporalmente con otras personas a fin de desplegar una actitud o una idea común. Su ejercicio se traduce en la agrupación momentánea, voluntaria e individual de varias personas en un lugar y tiempo comunes, con el propósito de intercambiar opiniones, adoptar una decisión y, eventualmente, de ejecutarla.

Una primera característica de la reunión es que se trata de una agrupación momentánea, porque la relación social que se entabla con ella concluye en el acto de la separación física de sus participantes. El carácter momentáneo de la reunión, la distingue de la asociación, que presupone la permanencia en el grupo social de sus integrantes para concretar los objetivos que motivan la unión de las personas.

La reunión se caracteriza por ser voluntaria, en cuanto importa la participación intencional de los individuos en la agrupación, ya sea desde su inicio o en el curso de su manifestación.

Su objeto es el de intercambiar opiniones, aunque sea de manera elemental, en forma pública o privada, para determinar un curso común de acción.

La reunión puede ser privada o pública. Es privada cuando se realiza en un lugar cerrado donde el acceso está restringido o limitado a determinadas personas. Es una reunión de carácter íntimo a la cual concurren personas especialmente invitadas o que reúnen las cualidades personales exigidas por los organizadores que permiten controlar la identidad de los asistentes.

La reunión es pública cuando se realiza en un lugar público o destinado al uso público, como una calle o una plaza, en un lugar

abierto al público, como un teatro o un salón público, o en un lugar privado cuando el acceso es absolutamente libre para todos los interesados.

La reunión, a igual que la asociación, presupone una agrupación de individuos. Pero ella carece de la estabilidad y de la organización que tiene la asociación para alcanzar la finalidad que motiva su existencia y desenvolvimiento. La reunión es esencialmente transitoria y con un objeto inmediato. En cambio, la asociación presupone una permanencia temporal, no ya física sino intelectual, que desemboca en la creación de una persona jurídica. La reunión puede desembocar en una asociación, pero esta última no es consecuencia necesaria de toda reunión. Un grupo de ciudadanos puede reunirse para formar un partido político, pero si aquel no llega a constituirse habrá sido simplemente una reunión que no fue fuente de una asociación.

La Constitución Nacional no enuncia de manera expresa la libertad de reunión. Ello permite incluirla entre los derechos no enumerados que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno previstos en el artículo 33 de la Ley Fundamental.

Sin embargo, la libertad de reunión no solamente tiene sustento constitucional en el art. 33, sino también en el art. 14 de la Constitución, en cuanto reconoce el derecho de petición que puede ser consecuencia de una reunión, y en el art. 19, que reconoce a los individuos la facultad de realizar acciones que no ofendan al orden, a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero.

Por otra parte, la libertad de reunión, que estaba prevista en el art. 19 del Proyecto de Constitución de Alberdi, está contemplada en el art. 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que expresa: *"Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o el orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás"*. Una disposición similar es la resultante del art. 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Como toda libertad constitucional, la libertad de reunión no es absoluta, y su ejercicio está condicionado a las leyes reglamentarias. Entre estas limitaciones de orden constitucional, además de las previstas por el art. 19 de la Ley Fundamental, se encuentran las de su art. 22, que prohíbe las reuniones del pueblo para ejecutar actos gu-

bernamentales o para efectuar una deliberación gubernamental. Así, toda reunión que no se limite a concretarse en una petición o una asociación, sino que pretenda arrogarse las funciones legislativas, ejecutivas o judiciales que la Constitución le asigna a los órganos del gobierno, constituye un acto de sedición calificado como delito por la Ley Fundamental.

Las limitaciones razonables que se establezcan a la libertad de reunión pueden ser genéricas o especiales y, en ambos casos, deben adecuarse a la previsión contenida en el art. 28 de la Constitución.

Las limitaciones genéricas deben resultar, para todo el territorio del país, de una ley del Congreso, ya que la libertad de reunión, como todas las libertades constitucionales, debe ser ejercida conforme a las leyes reglamentarias (479).

Las limitaciones especiales, que pueden ser de índole federal o provincial, son las dictadas por la autoridad competente para preservar el orden público, la moral pública, la seguridad pública y los derechos de los particulares. En estos casos, la reglamentación debe limitar sus alcances al mantenimiento del orden entre los participantes de la reunión, a evitar los disturbios generados por ellos y a evitar los perjuicios que pueda ocasionar a terceros el comportamiento de los individuos reunidos.

Precisamente, para tutelar el ejercicio de la libertad de reunión en el marco establecido por la legislación reglamentaria, el art. 160 del Código Penal reprime con prisión de quince días a tres meses al que impida materialmente o turbe una reunión lícita con insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto.

Una situación particular se plantea con los avisos y permisos previos que, en algunos casos, condicionan el ejercicio lícito del derecho de reunión.

Cuando la reunión es privada, el principio de la inviolabilidad del domicilio (art. 18, Constitución Nacional) torna irrazonable toda norma reglamentaria que imponga el aviso previo a la autoridad. Con mayor razón lo será la exigencia legal de obtener una autorización a tal efecto.

Cuando la reunión es pública y se realiza en un lugar abierto al público o en un lugar privado, resulta razonable la exigencia del aviso previo, pero no del permiso previo. Es razonable el aviso previo para que la autoridad pueda adoptar las medidas necesarias desti-

---

(479) Conf. GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, p. 306, ob. cit.

nadas a preservar el orden y la tranquilidad pública que puedan ser perturbadas por la aglomeración de las personas.

Pero cuando se trata de una reunión pública que se realiza en un lugar público o destinado al uso público, es razonable que, además de dar el aviso previo, los organizadores de la reunión tengan el permiso otorgado por la autoridad competente. En este último caso, a las razones genéricas de policía se añade la circunstancia del desarrollo de la reunión en una plaza, calle, teatro o estadio que pueda perturbar arbitrariamente el derecho que tiene la población para usar esos espacios físicos o los lugares que están próximos a ellos, con el consiguiente perjuicio para la libertad de tránsito y la seguridad de los inmuebles cercanos al lugar de la reunión, así como también para la higiene y salud mental de los habitantes.

Cuando el peligro es real o potencialmente serio y, en ambos casos, razonablemente inevitables los daños que acarrea, la autoridad puede denegar el permiso de reunión, pero no sobre la base de simples presunciones o temores infundados (480).

## 180. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

La libertad de asociación es la facultad que tienen los individuos para agruparse, de manera permanente y voluntaria, con el objeto de alcanzar la finalidad lícita que se han propuesto, e inclusive de fundar una entidad a tal efecto.

A igual que la libertad de reunión, la asociación es una consecuencia inevitable de la condición social del hombre. Así como tiene derecho a desarrollar libremente su actividad individual para alcanzar las metas que se ha propuesto, también tiene derecho a unirse con otros individuos para satisfacer los intereses comunes políticos, económicos, religiosos, culturales, gremiales, deportivos y de toda otra índole lícita que determinan sus conductas.

La libertad de asociación está prevista en el art. 14 de la Constitución. Establece que todos los habitantes de la Nación pueden ejercer el derecho de asociarse con fines útiles y conforme a las leyes reglamentarias. Como el concepto de fines útiles tiene carácter subjetivo, corresponde considerarlo como sinónimo de fines lícitos.

Por su parte, el art. 20 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas establece que toda perso-

---

(480) Conf. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. IV, p. 587, ob. cit.

na tiene derecho a la libre asociación pacífica, y que nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación.

Con un alcance similar están redactados el art. 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ambos establecen que todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole, y que el ejercicio del derecho de asociación sólo puede estar sujeto a restricciones legales que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, de la seguridad del orden público o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de las demás personas. Añaden que las disposiciones contenidas en esas normas no impiden restringir o negar el derecho de asociación a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

La libertad de asociación no es absoluta, de modo que todo aquello que legalmente los hombres no puedan realizar en forma individual tampoco lo podrán hacer a través de una asociación, ni ella podrá tener por objeto la concreción de una actividad vedada a los individuos. Sin embargo, y bajo determinadas condiciones de razonabilidad, la ley puede reconocer a las asociaciones el desarrollo de una actividad de la cual están excluidos los individuos. Así, en las licitaciones de servicios u obras públicas, la norma puede reservar la participación a determinadas especies de asociaciones con el propósito de asegurar la solvencia económica y técnica del concesionario.

La Constitución se limita a reconocer la libertad de asociación con fines útiles, entendiéndose por tales todos aquellos que coadyuvan al bienestar y progreso, individual o social, dentro de los fines y propósitos enunciados por la Ley Fundamental. Esto significa que la calificación del fin útil que puede realizar la autoridad debe ceñirse estrictamente a los propósitos resultantes de la Constitución y, en particular, a la cláusula del art. 19 en orden a la licitud.

En principio, cabe presumir que toda finalidad asignada por los individuos a una asociación es constitucionalmente útil, salvo prueba en contrario respecto de aquellos casos en que su contenido o procedimiento para su concreción resulten manifiestamente incompatibles con los principios constitucionales.

Además, la ley puede reglamentar el ejercicio de la libertad de asociación, supeditándolo al cumplimiento de ciertos requisitos formales y sustanciales para garantizar la seguridad jurídica.



La libertad de asociación presupone la libertad de no asociarse. El acto de la asociación es esencialmente voluntario, de modo que resulta contradictoria toda referencia a una asociación compulsiva por el sólo hecho de desarrollar individualmente cierto tipo de actividad (481).

### 181. EL MATRIMONIO Y LAS UNIONES HOMOSEXUALES

Una especie particular de la libertad de asociación, por su relevancia natural, religiosa, histórica, social e institucional, es aquella que se traduce en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio y en el derecho a constituir una familia.

Esta libertad está contemplada en varias disposiciones de la Constitución.

El art. 20 de la Ley Fundamental, cuando reconoce a los extranjeros la potestad de ejercer todos los derechos civiles de los ciudadanos, incluye el de casarse conforme a las leyes que reglamentan dicho instituto. No existe una cláusula similar explícitamente referida a los nacionales, pero a través de una interpretación teleológica y sistemática de la Constitución, está claro que ellos disfrutaban de igual derecho.

El art. 14 bis, tercer párrafo, establece que la ley debe prever la protección integral de la familia y la compensación económica familiar.

El art. 75, inc. 19, impone al Congreso el deber de asignar participación a la familia en la determinación de la política educacional.

Por otra parte, el derecho a contraer matrimonio y constituir una familia, también resultan de las cláusulas contenidas en los arts. 19 y 33 de la Constitución.

En los tratados internacionales sobre derechos humanos encontramos diversas disposiciones reglamentarias del derecho a contraer matrimonio y de constituir una familia. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce a toda persona el derecho a constituir una familia, a la cual califica como elemento

---

(481) Sin embargo, en varias oportunidades la Corte Suprema convalidó la asociación compulsiva (Fallos 199:532 y 308:987) cuando se trata de entidades relacionadas con el derecho público, mientras que, en otros casos, sostuvo que el derecho de asociarse importa el derecho de no asociarse (Fallos 267:215).

fundamental de la sociedad (art. 6º). Añade, con el carácter de deber social, la obligación de asistir, alimentar, educar y amparar a los hijos menores de edad, y el deber de los hijos de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten (art. 30).

El art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce a toda persona, a partir de la edad núbil, a contraer matrimonio y fundar una familia. Asimismo, y tras señalar que sólo puede contraerse matrimonio mediante el libre y pleno consentimiento de los esposos, añade que la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad que debe ser protegido por el Estado.

El carácter natural y fundamental de la familia también es establecido por el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reproduce las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos respecto a la libertad de contraer matrimonio y de constituir una familia. Normas similares están expuestas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23).

Conforme a los principios rectores de la naturaleza humana, el matrimonio consiste en la unión permanente entre un hombre y una mujer para forjar una comunidad que es la familia. Grupo que, en su etapa primaria, está compuesto por los contrayentes y los hijos que están sometidos a su patria potestad. Aunque, mediante una visión comunitaria más amplia, ese grupo familiar también está integrado por los ascendientes, descendientes y parientes colaterales, tengan o no un vínculo de sangre.

A diferencia de la unión transitoria de carácter sexual o basada sobre la afinidad espiritual, el matrimonio presupone, en principio, la concreción de la unión permanente de un hombre y una mujer con el propósito de desarrollar, en lo sucesivo, una vida en común, tanto respecto a los afectos como a la proyección espiritual y material de la comunidad que se constituye. La procreación, como forma impuesta por la naturaleza humana para preservar la subsistencia de la especie, es normalmente uno de los fines del matrimonio, pero en modo alguno condiciona su existencia.

Las referencias que contiene la Ley Fundamental sobre el matrimonio y la familia son, esencialmente, de derecho positivo y carentes de toda connotación religiosa.

Para el Estado, y a igual que en el orden natural, tanto el matrimonio como la familia son pilares básicos de la organización social. Nadie está obligado, ni puede ser obligado, a contraer matrimonio y

constituir una familia. Pero, si lo hace, estará ejerciendo un derecho que, como todo derecho, no es absoluto. Está sujeto a las normas que regulan su ejercicio, y cuya razonabilidad impone el art. 28 de la Constitución de acuerdo con la idea sociopolítica dominante en la sociedad.

Para que exista el matrimonio legal, con los consecuentes derechos y deberes que acarrea, se debe constituir según la normativa reglamentaria que establezca el Estado, la cual puede diferir de aquella que proviene de las normas morales o religiosas.

La independencia del matrimonio civil del matrimonio religioso, nos conducen a sostener la invalidez de todas aquellas disposiciones legales que condicionan la celebración del segundo a la concertación del primero. No ha sido este el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia (482) al avalar las normas que prohíben el matrimonio religioso sin su previa concertación civil. Consideramos que se produce una intromisión indebida del Estado en la vida privada de las personas cercenando o restringiendo sus creencias religiosas.

Si un hombre y una mujer deciden celebrar un matrimonio religioso, y no un matrimonio civil, el legislador no puede desconocer esa decisión. A lo sumo, podrá tener por inexistente ese matrimonio a los efectos legales, pero no puede impedir que los interesados ejecuten su decisión.

Como el matrimonio civil no puede estar determinado por criterios religiosos, el legislador puede o no regularlo y, si lo hace, puede establecer la edad mínima que deberán tener las partes, establecer la monogamia o poligamia, la indisolubilidad o no del vínculo matrimonial, los requisitos previos que deben cumplir los contrayentes y las formalidades a que se debe ajustar el acto de la celebración.

El matrimonio, como acto generador de la familia, consiste en un acuerdo de voluntades de naturaleza contractual (483). Tal circunstancia permite al legislador determinar las características y efectos del contrato matrimonial conforme al principio de razonabilidad. Puede, o no, prohibir las convenciones prenupciales y las que se producen durante el matrimonio o con motivo de su conclusión; regular la administración y el régimen de los bienes de la sociedad conyugal; los derechos y deberes de los cónyuges; el régimen sucesorio entre los cónyuges.

---

(482) Fallos CS 304:1139; 312:122.

(483) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, t. II, p. 79, ob.cit.

La razonabilidad de las regulaciones legales, en función de los valores dominantes en la sociedad, debe ser ponderada por los jueces. Así como en 1986 la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la norma contenida en la ley de matrimonio civil, que prohibía contraer nuevo matrimonio a quienes se hallaban divorciados (484), otro tanto podrá disponer respecto de la normativa que tipifica a los bienes gananciales o a la validez de los convenios entre cónyuges sobre la pertenencia de los bienes calificados, por la ley, como comunes y sin que exista la voluntad de disolver el vínculo matrimonial. Considerando que la razonabilidad debe estar presidida por la idea de libertad en los contrayentes, los jueces pueden declarar la invalidez constitucional de las regulaciones del matrimonio civil si ellas no se compadecen con el dinamismo de la idea social dominante.

Sin embargo, entendemos que es inviable la solución inversa. El legislador no puede asignar carácter matrimonial a las uniones de hecho porque, precisamente, las partes decidieron preservar sus libertades permaneciendo al margen de la regulación legal impuesta al matrimonio civil.

Conforme a la reglamentación legislativa y a la que emana de los tratados internacionales sobre derechos humanos, el matrimonio civil sólo se puede concretar entre un hombre y una mujer. Las uniones, aunque sean permanentes, entre homosexuales y lesbianas no conforman un matrimonio. Así resulta, no solamente del orden natural, sino también de los arts. 166, 172 y 188 del Código Civil, entre otros (485). En modo alguno se trata de una discriminación arbitraria (486), porque ha sido forjada por el legislador respetando el orden de la naturaleza.

Los homosexuales y las lesbianas tienen amplia libertad para convivir y forjar uniones estables si así lo desean, y sin que esa conducta pueda ser penalizada por el legislador. Pero, en modo alguno se le puede otorgar la categoría de matrimonios y pretender extenderles algunos o todos los derechos y deberes que la ley prevé para la institución matrimonial. Tal circunstancia, descalifica la validez de la ley 1004 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que creó un registro de uniones civiles en el cual se pueden inscribir personas que tengan una convivencia afectiva, estable y pública por un período

---

(484) Fallos CS 308:2268.

(485) MIGUEL PADILLA, *La Legislatura porteña ha reconocido las uniones de parejas del mismo sexo*, *El Derecho* 202-882.

(486) ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA, *Orden natural y homosexualidad*, *El Derecho* 203-887.

do mínimo de dos años, con independencia de su sexo u orientación sexual. Al disponer que los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges, está invadiendo un espacio que, el art. 75, inc. 12, de la Constitución reservó exclusivamente para el Congreso Nacional.

Es evidente que la solidez de la institución matrimonial, tal como se presentaba hasta fines del siglo XIX, se deterioró sensiblemente en el curso del siglo XX. Varios factores contribuyeron a la producción de tal resultado. Tanto de tipo social como cultural. Entre ellos, podemos incluir los excesos incurridos por el Estado al pretender consolidar una interpretación del orden natural mediante rigurosas y detalladas regulaciones legales. El fracaso de estas últimas, probablemente, obedece a la distorsión de ese orden natural en función de ciertos valores transpersonalistas.

## 182. DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Bajo la denominación de derechos personalísimos queda comprendida una amplia gama de libertades individuales. Si bien estrictamente todas las libertades son personalísimas, esa calificación ha sido reservada a algunas de ellas que aparecen estrechamente vinculadas con el concepto de dignidad de la persona humana.

En las últimas décadas del siglo XX, y debido a la influencia ejercida por la doctrina española sobre un sector importante del pensamiento constitucional latinoamericano, los derechos han sido objeto de una clasificación generacional. Así, se hace referencia a derechos de primera, segunda y tercera generación. A ellos se añade una especie de cuarta generación, que serían los derechos en vía de gestación.

La primera generación englobaría a las libertades enunciadas por el constitucionalismo clásico del siglo XIX. La segunda, a las forjadas por el constitucionalismo social a partir de comienzos del siglo XX. La tercera a atributos personales sensiblemente valorizados en la segunda mitad del siglo XX.

La distinción de estas categorías no respondería solamente a razones históricas, sino también a principios o valores ideológicos dominantes.

Los derechos resultantes de las libertades de la primera generación serían defensas reconocidas a los individuos frente al ejercicio abusivo del poder por parte de los gobernantes. Son derechos frente al Estado.

Los segundos son potestades reconocidas a los grupos sociales y a los individuos como integrantes de ellos, destinadas a preservar su dignidad y desenvolvimiento social. Son derechos cuya implementación tiene el deber de instrumentar el Estado para concretar su vigencia efectiva.

Los terceros admiten una subdivisión. Comprenden las potestades que conforman el honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la vida privada y el derecho a la propia imagen. Son potestades esencialmente individuales frente al Estado y las restantes personas.

El segundo grupo de la tercera generación alude no a derechos individuales, sino colectivos. Se traduce en el interés legítimo que tiene la sociedad para preservar ciertos valores comunes frente al Estado. En esta categoría quedarían incluidos, a título de ejemplo, los derechos de los consumidores y usuarios, el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano, el derecho a velar globalmente por las potestades individuales de las personas y con prescindencia de la voluntad de ellas, entre otros.

Estas clasificaciones, si bien revisten utilidad con fines didácticos, entendemos que revisten carácter teórico al considerar la convivencia social con un criterio estático y no dinámico.

La libertad es una sola, aunque comprende una infinidad de especies. Especies cuyo desenvolvimiento es paralelo a las necesidades que genera el carácter dinámico de la convivencia social. El progreso cultural y tecnológico de la humanidad trae aparejado nuevas necesidades y el deber de colmarlas satisfactoriamente mediante la tipificación de potestades comprendidas en el concepto de libertad.

Pero, en modo alguno se trata de nuevos derechos que amplían el concepto de la libertad. En rigor, todos ellos brotan de la naturaleza humana siendo objeto de reglamentaciones legales en función de los requerimientos sociales. Precisamente por ser especies de un género único, resulta inviable establecer una jerarquía entre ellas. Tanto los llamados derechos de primera, segunda o tercera generación, están en un plano de igualdad, correspondiendo prever su coexistencia armónica al no revestir carácter absoluto.

La propuesta de una escala jerárquica entre las diversas generaciones de derechos, e inclusive dentro de cada una de ellas, acarrea el riesgo de anular a las que se ubican en un peldaño inferior. Solución, esta última, que puede satisfacer a ciertas concepciones autoritarias que anhelan la masificación de las personas mediante la desnaturalización de las llamadas libertades o derechos de la primera generación. Pero, desde una óptica científica, no se advierten ra-

ziones valederas para concretar semejante solución. Todas las libertades, como especies de un género único, están en un plano de igualdad, siendo merecedoras del reconocimiento y tutela normativa.

### 183. DERECHO AL HONOR

El derecho al honor es la potestad que tiene toda persona física para exigir del Estado y demás individuos, el debido respeto hacia uno de los atributos que, en función de la idea dominante en la sociedad, tipifican a la persona humana.

Se trata de una manifestación de la dignidad humana que, junto a la libertad, constituyen los objetivos fundamentales de todo sistema político personalista.

Como derecho individual, consubstanciado con los regímenes democrático constitucionales, que se nutren de los elementos emanados de los sistemas políticos personalistas, disfruta de reconocimiento en la Constitución Nacional. Ese reconocimiento proviene, básicamente, del art. 33 de la Ley Fundamental, sin perjuicio de las referencias implícitas contenidas en los arts. 14 nuevo, 16, 18, 19, 28 y 43, entre otros.

Si bien, aparentemente, existe un consenso social sobre el concepto del honor, el mismo se diluye cuando se procura asignarle una razonable precisión jurídica. Esto obedece al carácter esencialmente dinámico del concepto del honor, que varía permanentemente a la luz de las diversas ideas dominantes que han imperado en las sociedades dentro del curso de la historia de la humanidad.

Cesare de Beccaria, ya hace dos siglos, entendía que *"la palabra honor es una de aquellas que ha servido de base a dilatados y brillantes razonamientos sin fijarle alguna significación estable y permanente"* (487).

Las dificultades para precisar socialmente el concepto del honor se trasladan al ámbito jurídico. En la medida que el concepto social carezca de esa precisión, tampoco lo podrá tener el concepto jurídico en la medida que el derecho positivo, para disfrutar de legitimidad, debe ser fiel reflejo de la idea social dominante; si no es así, la norma jurídica, ya sea por las vías legales o por el comportamiento social, carecerá de operatividad.

---

(487) CESARE DE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, p. 41, Editorial Alianza, Madrid 1968.

El art. 1071 del Código Civil tutela, implícitamente, el honor de las personas cuando la lesión proviene del ejercicio abusivo de un derecho. Tal situación se presenta cuando la exteriorización del abuso, se concreta contrariando los fines tenidos en cuenta para el reconocimiento del derecho ejercido, o superando los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres. Pero, al no ser definido jurídicamente el concepto del honor, su determinación queda librada al criterio judicial en cada caso concreto.

Los arts. 109 a 117 del Código Penal tipifican los delitos contra el honor, describiendo las figuras de la calumnia e injuria. La calumnia —art. 109 del Código Penal— consiste en la falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública. Aparentemente, la lesión al honor se materializa por el hecho de efectuar la imputación dolosa, pero no se aclara qué es el honor. La injuria —art. 110 del Código Penal— consiste en adoptar actitudes o formular expresiones que deshonran o desacreditan a una persona. Pero, ¿cómo es posible deshonrar si no se define el honor, a menos que aceptemos que la conducta deba ser idónea para atacar la dignidad o consideración subjetiva de una persona? En cambio, la desacreditación implica deteriorar la confianza o el prestigio que tiene o que debería tener, objetivamente, un individuo en el marco social.

Por su parte, el art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que toda persona tiene derecho a que se respete su honor y que no puede ser objeto de ataques ilegales a su honra o reputación. La reputación sería la buena fama o prestigio social del individuo. Pero ¿qué es el honor y cuándo su violación es legal?

La mayoría de los agravios que se formulan por las publicaciones efectuadas en los medios de prensa, destacan presuntas lesiones contra el honor. La atribución de un hecho delictivo, de una conducta inmoral o reprochable socialmente, de una calificación peyorativa, de un estilo de vida descalificable, suelen ser los elementos objetivos invocados para sostener una lesión al honor. Con la particularidad que, acreditado el hecho objetivo y el dolo o culpa de su autor, los tribunales judiciales suelen tener por constatada la vulneración del derecho al honor aunque no se produzcan pruebas específicas sobre el particular. La lesión al honor se presume, aunque no se determine su real significado jurídico. Inclusive, pese a que, muchas veces, las presuntas expresiones agraviantes están dotadas de veracidad. Es que, conforme a un criterio dominante que no compartimos, el honor de un individuo puede ser lesionado diciendo la verdad, lo cual nos aproxima a la hipocresía.

La defensa del honor de las personas ha cobrado singular importancia en el curso de las últimas décadas. Toda afrenta susceptible de



generar un sentimiento de vergüenza en el individuo, suele ser englobada como lesión a su honor. Con la particularidad que, cuando la lesión se invoca en el marco de un proceso civil, se demanda la reparación de un daño espiritual mediante el pago de una indemnización compensatoria y no de carácter punitivo o ejemplar. Nos enfrentamos a una situación realmente curiosa e impensable en otras épocas: los demandantes tasan materialmente un valor espiritual tan noble como el honor, y le asignan un valor económico a un bien de naturaleza esencialmente espiritual. En muy pocos casos los demandantes, al promover la acción u obtener una sentencia judicial favorable, comunican que los importes indemnizatorios que percibirán no ingresarán a sus patrimonios sino que serán destinados a satisfacer necesidades sociales en función de principios propios del bien común. Aparentemente, no basta el pronunciamiento judicial de reproche a quien ha vulnerado el honor sino que, la finalidad principal, reside en concretar un enriquecimiento para satisfacer las necesidades económicas del agraviado.

La convalidación doctrinaria y jurisprudencial de semejante conclusión sólo es explicable en un ámbito social inmerso en el materialismo. En una concepción de los valores donde, los de índole material relegan a los espirituales; donde la compensación económica sustituye a la reparación del daño.

El concepto del honor puede ser objeto de una consideración subjetiva, objetiva o mixta. Desde un punto de vista subjetivo, el honor es el concepto que tiene cada persona de sí misma, reflejado en un sentimiento y una autovaloración sobre sus cualidades morales y reputación externa que debería merecer. Desde un punto de vista objetivo, el honor es el concepto que tiene la sociedad sobre las cualidades morales de un individuo y la reputación que a ella le merece. Finalmente, y conforme a un criterio mixto, el honor está reflejado por la consideración externa que debería merecer una persona como consecuencia de su comportamiento real y de su pensamiento.

Ninguno de estos conceptos es plenamente satisfactorio. Todos ellos presentan falencias cuando procuramos proyectarlos en un ordenamiento jurídico justo porque, el propio concepto de justicia, también está impregnado de cierta relatividad atendiendo a la pluralidad de dogmas, ideologías y creencias existentes sobre el particular.

De todos modos, es un hecho indudable que todas las personas físicas tienen honor y que si bien, en principio, su graduación es similar en el ámbito subjetivo, está sujeto a escalas diferentes cuando queda sometido a un análisis objetivo o mixto.

También es un hecho indudable que, en un sistema democrático constitucional, toda persona debe disfrutar de una protección a su derecho al honor y que, cuando tal derecho sea vulnerado sin que medie una razón de orden público o un interés jurídico legítimo que lo justifique, corresponde sancionar al autor de la agresión y reparar, en la medida posible, el bien jurídico lesionado.

El reconocimiento del derecho al honor a todas las personas y, en principio, con igual extensión, así como también las dificultades para precisar su significado jurídicamente, resaltan la fundamental importancia que tienen los miembros del poder judicial para decidir, en cada caso concreto, si existió o no una lesión para dicho derecho y, en caso de haberse producido, si ella carece de licitud.

Para cumplir tal cometido, y desempolvar algunos valores espirituales atrofiados por el materialismo imperante, es bueno recordar las dos primeras acepciones que, del honor, nos ofrece la Real Academia Española: *“Cualidad moral que nos lleva al cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos; Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se la granjea”*.

En tal sentido, el honor sería la cualidad que inviste una persona honorable por su comportamiento ético, tanto en la vida pública como en la privada. Máxime considerando que el derecho al honor, a igual que los restantes derechos, no tiene carácter absoluto y que, su magnitud, no es igual en todos los individuos. En cierto modo, el honor se hace por cada persona en función de su conducta privada y social.

Las dificultades que suscita el significado del derecho al honor determinan que, en la práctica, su configuración la realicen los magistrados judiciales. En algunas oportunidades, sobre la base de la valoración personal que le merezca el concepto y, en otras, prescindiendo del mismo y procurando reflejar la idea dominante en la sociedad.

#### 184. LIBERTAD DE INTIMIDAD Y VIDA PRIVADA

El reconocimiento de la libertad de intimidad, y el consecuente derecho a la vida privada, configuran un valor que está estrechamente relacionado con la dignidad del ser humano en función de la idea política dominante en las sociedades en vísperas del siglo XXI. Sin embargo, y a pesar de tratarse de un valor firmemente arraigado

en las sociedades modernas, la complejidad y diversidad de los efectos del dinamismo de las relaciones sociales dificultan precisar su concepto y contenido.

Una de las libertades constitucionales que más ha preocupado a la doctrina y la jurisprudencia en el curso de las últimas décadas es la libertad de intimidad. Su reconocimiento es unánime, aunque son múltiples las dificultades prácticas que se deben superar para concretar su definición y el ámbito de ella. Restringir las manifestaciones de la intimidad puede conducir a su negación, y extenderlas a las proyecciones sociales de la vida privada y familiar del hombre puede llevarnos al exceso de englobar en la intimidad a todo tipo de convivencia social.

La libertad de intimidad disfruta de raigambre constitucional expresa. Ella emana del art. 19 de la Ley Fundamental, al disponer que 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.

La Constitución menciona a la vida privada, que es el género que comprende a todas las especies relacionadas con la vida espiritual del hombre que conforman su dignidad de ser humano. Tales son, entre otras, el honor, el buen nombre y la intimidad.

La cláusula genérica del art. 19 está respaldada por la disposición residual del art. 33 y por las garantías establecidas por la Constitución para algunas manifestaciones de la intimidad personal. Así, la libertad de domicilio y la libertad de comunicación, previstas en el art. 18 de la Ley Fundamental, son inviolables y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. En ambos casos, el bien jurídico tutelado es el derecho a la intimidad y la vida privada.

En la legislación positiva, reglamentaria del derecho a la intimidad y a la vida privada, el mismo está protegido por el art. 1071 bis del Código Civil, que califica como acto ilícito, sujeto a las condiciones genéricas de responsabilidad, la intromisión arbitraria en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad.

Para la citada norma legal, se vulnera el derecho a la intimidad cuando, además de darse cumplimiento a los presupuestos comunes condicionantes de la responsabilidad, se satisfacen los siguientes recaudos específicos: 1) los aspectos o datos de la intimidad deben ser veraces, secretos y ocultos; 2) no deben ser exteriorizados

públicamente por su titular; 3) la difusión o intromisión en el ámbito de la intimidad personal deben responder a un comportamiento doloso o culposo; 4) la difusión o intromisión no deben ser provocadas o consentidas por el titular de la libertad; 5) la intromisión debe ser arbitraria, es decir, no debe estar fundada sobre razones de orden público, en resguardo de la moral pública o en salvaguarda de los derechos legítimos de un tercero.

Son amplias las dificultades que se presentan para distinguir la vida privada de la intimidad. Si bien, generalmente, son presentadas como sinónimos, corresponde tipificarlas de manera independiente porque, el resguardo de la intimidad, merece una protección más intensa que la protección de la vida privada.

Un criterio objetivo válido para esbozar esa distinción reside en determinar la existencia, o inexistencia, de una relación social. La vida privada presupone una relación social generada por dos o más sujetos que adoptan la decisión de reservar su contenido al conocimiento de terceros. En principio es secreta, pero puede ser lícitamente extraída de esa zona de reserva por alguno de sus sujetos, con el objeto de preservar legítimamente un derecho subjetivo del cual es titular. La intimidad, en cambio, es una manifestación de la privacidad desprovista de una relación social, y cuyo sujeto es una sola persona. Registrar el contenido de la conversación telefónica que mantienen dos personas, importa una invasión ilícita a la vida privada de ellas, a menos que medie una orden judicial que autorice tal procedimiento con carácter previo. Apropiarse de las anotaciones efectuadas por una persona en sus papeles privados, configura una invasión ilícita a su intimidad a menos que, como en el caso anterior, un juez ordene el secuestro de tales elementos en el marco de una causa judicial.

En el ámbito del derecho a la intimidad, se manifiesta la objeción de conciencia y varios de los datos sensibles que prevé la ley 25.326 reglamentaria de la acción de hábeas corpus, mientras que otros, se integran a el área protegido por el derecho a la vida privada.

Tanto la intimidad, como la vida privada, son objeto de frecuentes violaciones por obra de los particulares y de organismos gubernamentales. Pero resulta sumamente grave cuando legislativamente se le otorga licitud a esas intromisiones indebidas.

La ley 25.873, sancionada el 17 de diciembre de 2003 y publicada el 9 de febrero de 2004, al modificar la ley nacional de telecomunicaciones dispuso que *"los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán registrar y sistematizar los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y clientes y los registros de tráfico de comunicaciones cursadas por los mismos para su consulta sin cargo por parte del*

*Poder Judicial o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente. La información referida en el presente deberá ser conservada por los prestadores de servicios de telecomunicaciones por el plazo de diez años*" (art. 2°). Su decreto reglamentario, 1563/04, dispone que el órgano estatal encargado de efectuar las interceptaciones era la Dirección de Observaciones Judiciales dependiente de la Secretaría de Inteligencia de la Presidencia de la Nación (SIDE), y las entidades prestatarias de los servicios de telecomunicaciones debían arbitrar los medios tecnológicos necesarios para registrar el origen y destino de las llamadas telefónicas, así como también el contenido de ellas durante diez años.

El 28 de noviembre de 2005, la sala II de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, por el voto de María Garzón de Conte Grand, Marta Herrera y Jorge Damarco, confirmó la sentencia de primera instancia declarando la inconstitucionalidad de ambas normas, no solamente para el caso concreto, sino también en beneficio de todos los usuarios que no participaron en el juicio (488).

La Cámara entendió que ambas normas, a pesar de que el decreto 1563/04 había sido suspendido por el decreto 357/05 con motivo de las críticas provenientes de diversos sectores, violaban los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. Debido a la vaguedad de sus previsiones; el riesgo cierto que los datos personales registrados fueran utilizados para fines distintos a los previstos en las normas; a la indeterminación de las circunstancias precisas y discriminadas que podían facultar la orden judicial. En rigor, la norma bajo el pretexto de ser un instrumento necesario para investigar la comisión de ciertos delitos como el lavado de dinero, el tránsito y comercialización de estupefacientes y los secuestros de personas, colocaba a disposición de organismos dependientes del Poder Ejecutivo el conocimiento de los contenidos de las comunicaciones telefónicas efectuadas por todos los usuarios, aunque no llegaran a estar involucrados en aquellos hechos. Es que, una cosa es registrar a los emisores y destinatarios de comunicaciones telefónicas, que de por sí configura una lesión al derecho a la vida privada, y otra mucho más grave es tener registrados los contenidos de esas comunicaciones durante diez años sin mediar orden judicial.

La sanción de esa norma, revela los riesgos que acarrea para la intimidad y la vida privada el desarrollo tecnológico cuando su aplicación se realiza sin prevenir los riesgos que genera para los derechos personalísimos de los individuos, y por añadidura a su dignidad.

---

(488) Caso "Halabí c. PEN".

El derecho a la intimidad está protegido por el art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al disponer que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación; toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas ingerencias o esos ataques.

De manera similar, esta protección resulta del art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Conforme al mismo, nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación; toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas ingerencias o ataques.

### 185. LÍMITES DE LA LIBERTAD DE INTIMIDAD Y VIDA PRIVADA

Desde nuestra óptica, la libertad de intimidad consiste en los aspectos personales y reservados de la existencia del hombre que, por estar marginados de la relación social, no pueden ser objeto de la intromisión del Estado o de los particulares sin el consentimiento del titular de aquélla (489). Se trata de una libertad que se traduce en un derecho natural, reconocido por la ley, que tiene toda persona para preservar la invulnerabilidad de aquellos matices de su vida privada que no se introducen en el marco de la convivencia social.

El hombre enriquece su vida espiritual bajo el manto protector del secreto y la reserva que resuelve dispensar a los aspectos más íntimos de su existencia desconectados de la vida social. Pero, además de vivir con dignidad, necesita convivir respondiendo a un imperativo de su condición de ser social. Y, en el marco de esa convivencia, gran parte de su intimidad se exterioriza quedando sujeta a actitudes, conceptos, juicios y opiniones emanadas de terceros.

---

(489) FERREIRA RUBIO, DELIA, *El Derecho a la Intimidad*, ps. 54 y 104, Ed. Universidad, Buenos Aires 1982; GOLDENBERG, ISIDORO, *La responsabilidad civil derivada de la lesión del Derecho a la Intimidad*, t. I, p. 385, en Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1990; LÓPEZ CARANA, ROBERTO, *Responsabilidad Civil de los medios de comunicación social por la difusión de noticias*, t. II, p. 37, en Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, ob. cit.; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la Responsabilidad Civil*, p. 313, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992.

El pluralismo de las libertades individuales que establece la Constitución impone la necesidad de armonizarlas para evitar que el ejercicio de algunas de ellas desemboque en la negación de otras. La propia Constitución desconoce las libertades absolutas en la dimensión individual de las libertades, prescribiendo que todas ellas deben ser ejercidas conforme a las leyes reglamentarias (art. 14, Constitución Nacional). Pero esas leyes reglamentarias no pueden tener una extensión tal que conduzca a la alteración o desconocimiento de la libertad regulada (art. 28, Constitución Nacional).

El principio que establece la inexistencia de libertades individuales absolutas se extiende a la intimidad. Por más importante que sea esa libertad, su jerarquía es igual a la de las restantes libertades constitucionales en la *dimensión individual*. Todas ellas son especies de un género único: la libertad. De modo que el reconocimiento de la intimidad no puede conducir al exceso de anular otras libertades constitucionales, ni tampoco el ejercicio de cualquiera de estas últimas puede desembocar en el cercenamiento liso y llano de la intimidad.

Los conceptos de vida privada y de intimidad, como tantos otros, son esencialmente relativos. Dependen de la gravitación dinámica de una serie de factores políticos, económicos y sociológicos que relativizan sus fronteras, imponiendo una correcta y definitiva interpretación constitucional que permita armonizar la libertad de intimidad con las necesidades sociales y con la estructura de la organización política.

Sobre el particular, y al resolver el caso "*Ponzetti de Balbín*" (490), la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de expresar que el derecho a la intimidad previsto por el art. 19 de la Constitución ampara la autonomía individual integrada por sentimientos, hábitos, costumbres, relaciones familiares, posición económica, creencias religiosas, la salud mental y física, y todos los hechos o datos que integran el estilo de vida de una persona que la comunidad considera reservadas al individuo y cuyo conocimiento o divulgación significa un peligro para la intimidad. Agregó que, en tales casos, la intromisión sólo se justifica si está avalada por la ley y en función de un interés superior que resguarda la libertad de los terceros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la investigación de un delito.

En ese pronunciamiento, la Corte adecuó al caso particular los principios generales que había desarrollado en el caso "*Viñas*", donde expresó que las acciones privadas son las que arraigan y permanecen en la interioridad de la conciencia de las personas, y que sólo

---

(490) Fallos CS 306:1892; LA LEY, 1985-B, 120; DJ, 1985-1-768.

a ellas conciernen, sin concretarse en actos exteriores que puedan incidir en los derechos de otros o afectar directamente la convivencia social, el orden y la moral pública, y las instituciones básicas en que ellas se asientan (491). Añadió que las acciones humanas integran la intimidad cuando pertenecen al ámbito de la moral individual y están reservadas sólo al juicio de la propia conciencia, escapando a la regulación de la ley positiva y a la autoridad de los magistrados.

Tales acciones, a las cuales la Corte calificó de "*ajurídicas*", difieren de aquéllas que, naciendo de la intimidad, se traducen en comportamientos externos con incidencia sobre derechos ajenos y proyección comunitaria, ingresando en el campo de las relaciones sociales objetivas.

La vida privada y la intimidad no configuran una libertad absoluta. La Constitución, cuando en su art. 19 menciona a la vida privada, distingue dos situaciones.

La primera está representada por las acciones privadas que permanecen en la conciencia de las personas sin manifestarse en actos exteriores. La segunda, son las acciones privadas que se traducen en comportamientos externos, potencialmente aptos para generar relaciones sociales. Las acciones que integran la primera situación están al margen del ordenamiento jurídico y pertenecen a la moral individual. En cambio, la segunda situación, sin dejar de integrar la vida privada, importa conductas que se proyectan sobre la comunidad y las libertades individuales de las restantes personas. Cuando esa proyección es efectiva, el derecho a la intimidad debe ser armonizado con las restantes libertades constitucionales.

Así, el derecho a la vida privada y a la intimidad puede ser reglamentado y limitado por la ley, cuando su ejercicio se relaciona con el orden público, la moral pública o con las libertades de un tercero. Las limitaciones que se establezcan en tales casos tendrán validez constitucional en la medida que sean razonables y se adecuen a los presupuestos contemplados en el artículo 28 de la Constitución.

Equiparando el correo electrónico con el correo epistolar, e integrando ambos en el género de correspondencia citado por el art. 18 de la Constitución, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala 4ª, resolvió que la prohibición por parte del empleador de acceder y leer los emails del trabajador sin su consentimiento, obedece a la necesidad de proteger el derecho a la priva-

---

(491) Fallos CS 296:16.



cidad, y que corresponde decretar la nulidad de la introducción a la causa de impresiones de los correos electrónicos del empleado porque, al ser obtenidos transgrediendo las normas constitucionales, configuran pruebas ilícitas (492).

Al decidir el caso "*Vazquez Ferrá*" (493) la Corte Suprema de Justicia entendió que era ilícita la orden impartida por un juez para que una persona mayor de edad, se sometiera contra su voluntad a una extracción de su sangre porque se afectaba su derecho a la intimidad.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, consideró que no se violaba el derecho a la privacidad ni el derecho a la propia imagen, si se condicionaba el ingreso de las personas a un edificio privado al registro de su imagen personal. La ausencia de un ejercicio abusivo de derechos y la razonabilidad de la medida obedecían a que se trataba de un mecanismo de prevención de los hechos delictivos y destinado a dotar de seguridad, no solamente a quienes utilizaban las unidades del edificio, sino también a quienes pretendían ingresar al mismo, como el accionante. Tampoco se violaba el derecho a la propia imagen del actor (ley 11.723, art. 31) porque las imágenes no se registraban para ser dadas a publicidad (494).

Compartimos la doctrina establecida en estos pronunciamientos. Así lo expuesto en el último de ellos, es extensible a las filmaciones que se realizan en establecimientos públicos y privados de lo que acontece en sus lugares de ingreso, e inclusive en su interior, para garantizar la seguridad de los asistentes a ellos.

En resguardo de la vida privada, la Constitución ofrece ciertas garantías específicas. De tal manera, además de declarar inviolable al domicilio, añade que también lo son la correspondencia epistolar y los papeles privados. Una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación (art. 18 C.N.). Se trata de una norma aplicable frente a los actos de la autoridad y de los particulares. Ella protege el carácter reservado y confidencial de los papeles privados y de la correspondencia y, en este último caso, tanto respecto del destinatario como de su autor. Su violación importa esencialmente una lesión para el derecho a la intimidad que está sancionada por los arts. 153, 154 y 155 del Código Penal.

---

(492) Caso "*Redruello*" del 15 de noviembre de 2004 (Jurisprudencia Argentina 2005-II, fasc. 10, p. 86; LA LEY, 3 de mayo de 2005).

(493) Fallos CS 326:3758; LA LEY, 2003-F, 970; 2004-A, 192.

(494) Caso "*MGC c. Consorcio*" del 3 de mayo de 2005 (El Derecho, 27 de julio de 2005; LA LEY, 29 de junio de 2005; Sup. Constitucional, 2005 [octubre], 64).

## 186. INTIMIDAD Y VIDA PRIVADA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Se plantea una situación particular con la vida privada de los hombres públicos y de los funcionarios públicos. Si bien no cabe negarles el derecho a la intimidad, su condición social o su función política en un sistema republicano reducen sensiblemente su derecho a la intimidad.

El conocimiento de algunos aspectos de su intimidad responde a un derecho legítimo de la sociedad para poder calificar la idoneidad moral del funcionario, y decidir si el mismo participa de los valores éticos del pueblo que representa.

De esta manera, no solamente se satisface el recaudo de la idoneidad, previsto en el art. 16 de la Constitución, sino también la necesidad de dar información a los ciudadanos para que, en un sistema republicano y representativo, puedan participar eficientemente en el proceso político seleccionando a sus gobernantes y velando para que ellos, en su vida privada, mantengan el recato impuesto en la vida pública. Ello es así porque la vida pública de un funcionario es inseparable de su vida privada, cuando mayor sea la importancia política del cargo que desempeña.

En tal sentido, Linares Quintana enseña que *"Se ha dicho que el hombre público no tiene vida privada, porque su actuación pública se proyecta inexorablemente sobre su intimidad"*. Ossorio y Gallardo observa con razón que la persona que ejerce vida pública tiene muy limitado el derecho de resguardar de las miras generales su vida íntima. Apenas si se reservan sus afecciones y sentimientos. Esto es inevitable y conveniente, pues quien ejerce ministerio de concejal, diputado, senador, gobernador, ministro, etc., se compromete a soportar la atención pública en todos los órdenes de su actividad. Esa diferenciación que suele establecerse entre la vida pública y la privada es inaceptable porque frecuentemente cubre la inmoralidad. Quien es merecedor de la confianza de sus conciudadanos que lo han honrado con el desempeño de una función pública, debe responder a esa confianza y a ese honor guardando en su vida privada el recato debido; lo que no se compadece con la ostentación de riquezas o comodidades superfluas, la frivolidad manifiesta, o los viajes numerosos e innecesarios. Con su característica y llana sabiduría, escribió alguna vez Azorín: *"El escándalo es el mayor enemigo de los hombres de bien; tanto más alto estará el que sea su víctima, tanto mayor será el círculo del escándalo y tanto más será el daño que produzca. Evite a toda costa el escándalo el político"* (495).

---

(495) LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. IV, p. 622, ob. cit.

El art. 16 de la Ley Fundamental establece, como condición ineludible para ejercer cargos públicos, el requisito de la idoneidad. No sólo la idoneidad técnica, sino la idoneidad ética acorde con los valores morales propios de una república representativa. La Constitución aspira a que, quienes acceden a la función de gobierno, tengan una conducta ética intachable. No sólo en la vida pública, sino también en la privada porque, esta última, es la que determina su contenido y subyace en aquélla. Ese sentimiento se refleja en la ciudadanía. Ella aspira a que sus gobernantes sean éticos, en el cabal sentido de la palabra. Tal circunstancia explica el por qué, muchas veces, los medios de prensa difunden aspectos de la vida privada de sus gobernantes para satisfacer el legítimo derecho a la información del pueblo sobre la conducta ética de aquéllos.

En la medida en que la obtención de tales datos no importe una grosera violación de la intimidad del funcionario; en cuanto esté relacionada con un legítimo interés público; y si su difusión se realiza con sobriedad y mesura, mal cabe responsabilizar al difusor por incurrir en un presunto desconocimiento de los derechos personalísimos del gobernante.

No podemos dejar de recordar la gravitación que tuvo la difusión de la vida privada de algunos políticos vastamente conocidos sobre sus trayectorias públicas. En los Estados Unidos, la condena social emitida con motivo de las faltas éticas perpetradas en sus vidas privadas por Edward Kennedy y Gary Hart, provocaron la frustración de sus aspiraciones presidenciales. En ese país, a ningún juez se le ocurrió sancionar la difusión de tales hechos, y los propios damnificados asumieron la responsabilidad por sus actos y torpezas sin trasladar culpa alguna a los medios de prensa.

En definitiva, el derecho a la privacidad que tutela el art. 19 de la Constitución, no es absoluto y, en el caso de los gobernantes, queda subordinado a la necesidad de acreditar permanentemente su idoneidad ética mediante un comportamiento ejemplar y conforme a las exigencias provenientes de los valores morales que albergan los gobernados. Sancionar a quienes difunden ciertos actos o datos íntimos o privados porque satisfacen el derecho a la información de la ciudadanía sobre el comportamiento ético de sus mandatarios, es abrir las compuertas para fomentar el desarrollo de la hipocresía, de la impunidad social, de la corrupción y la inmoralidad.

Esta limitación a la vida privada de los funcionarios y hombres públicos *no importa* la negación de ese derecho sino, solamente, reducir el ámbito de su libertad a la intimidad por razones de orden público, moral pública y las que son propias de un sistema represen-

tativo y republicano de gobierno. Tales razones privan de arbitrariedad a ciertas injerencias en la vida privada de los funcionarios y hombres públicos.

La Corte Suprema de Justicia, por Resolución 2013/04 del 23 de noviembre de 2004, declaró válida la medida dispuesta por el instructor de un sumario que dispuso el entrecruzamiento de las líneas telefónicas de los funcionarios y empleados del Poder Judicial que estaban involucrados en la posible comisión de irregularidades administrativas. Consideró que *"cabe subrayar el menor grado de protección del ámbito de intimidad a que obliga el ejercicio voluntario de la función pública y, más todavía, de la función judicial. Por ello, el grado de protección de que goza el común de los habitantes del país, en cuanto a la privacidad de las comunicaciones, no puede trasladarse automáticamente a las que efectúan funcionarios y empleados en el ámbito de su desempeño administrativo cuando existen indicios previos de posibles abusos, cuya corroboración razonablemente requiera el examen de los registros de llamadas efectuadas o recibidas por los funcionarios y empleados sobre los que recaen serias sospechas"*. Añadió que la razonabilidad de la medida dispuesta no consistía en una intromisión o injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada, apareciendo proporcionada considerando la gravedad y extensión que presentarían los abusos investigados. Asimismo que la medida había sido adoptada en ejercicio de los poderes de superintendencia de la Corte que pueden ser ejercidos directamente por ella o por delegación en las Cámaras Federales de Apelaciones, pero que la eficacia de los entrecruzamientos y la estimación de su validez o invalidez, quedaban reservadas al Consejo de la Magistratura (496).

En disidencia, el juez Carlos Fayt, cuya opinión compartimos, sostuvo que se trataba de una medida excepcional sujeta a severas restricciones e inviable en un sumario administrativo, porque las comunicaciones telefónicas al igual que la correspondencia epistolar suponen un ámbito de privacidad que sólo pueden ser objeto de injerencia por orden judicial dictada en una causa judicial. Agregó que *"si algún principio de la materia penal es trasladable al caso de autos, este consiste en que no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales aun cuando presten utilidad para la investigación, pues ello compromete la administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito"*.

## 187. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Uno de los supuestos más controvertidos, que puede generar responsabilidad en materia civil, consiste en la reproducción y posterior publicidad de las imágenes de una persona sin su conformidad. Esa conducta puede ser lesiva para el derecho al honor de una persona aunque, en la mayoría de los casos judiciales, estuvo relacionada con el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen que protege la ley 11.723. Sin embargo, se trata de una categoría independiente de los derechos personalísimos, cuya lesión se puede concretar manteniendo intangible el derecho al honor, la vida privada o la intimidad.

El art. 31 de la ley 11.723 establece que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin su conformidad. En caso de fallecimiento, se debe requerir la autorización de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos o, en su defecto, del padre o de la madre. A falta de ellos la publicación es libre. Pero, la publicación también es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos, culturales, o con hechos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.

La amplitud de las excepciones resulta razonable considerando que la prensa, en sentido amplio, no tiene una finalidad comercial al satisfacer el derecho a la información en sus aspectos más variados, y que la reproducción de esas imágenes en los medios de comunicación responde, generalmente, a alguna de esas hipótesis legales que excluyen el consentimiento previo.

Así, en el caso "*Pol c. Greco Hnos.*" (497), la Cámara Nacional en lo Civil, sala D, resolvió el 24 de noviembre de 1975 que la exhibición de una película documental publicitaria donde aparecía el actor junto a otras personas, encuadraba en las excepciones admitidas por el art. 31 de la ley 11.723 debido al interés público que revestía la difusión del producto publicitado. Agregó que "*la ley 20.889 protege el derecho a la intimidad y la actividad del actor —estibador guincher— en tal carácter se encuentra en las dársenas de acceso al puerto habitualmente, ocupándose de trabajos de carga y descarga de elementos dirigiendo las cuadrillas pertinentes. Vale decir que su actividad se realiza evidentemente en público. Las consideraciones expresadas respecto a la ley 20.889 son de igual valor respecto a la recientemente dictada ley 21.173, que incorpora el art. 1071 bis del Código Civil*". Por otra parte, también destacó el tribunal que "*En la película tampoco se ve*

---

(497) Jurisprudencia Argentina 1976-III-316.

*la imagen del actor en actitud desdorosa o ridícula, por el contrario se lo advierte en la muy digna actitud del trabajador cumpliendo con su tarea, en público, donde habitualmente la realiza”.*

La publicación de fotografías, sin perjuicio de la amplitud que le dispensa la ley, debe ser hecha respetando los derechos del autor a que se conozca su autoría, y aunque hubiera procedido a enajenar su obra. Este principio fue aplicado por la Cámara Nacional en lo Civil, sala A, al decidir el 1º de octubre de 1985 el caso *“Lazaridis c. Editorial Perfil”* (498): *“Al insertarse en la revista el retrato con una autoría distinta a la real, se infringió a su autor un agravio de neto corte moral, al menoscabarse su legítimo derecho a ser reconocida su paternidad artística sobre la obra”.*

También se ha resuelto, por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (499), que la enajenación de su obra por el autor de una fotografía, no lleva implícito el derecho de su reproducción, y que la publicación en un medio de prensa es una forma de reproducción. Añadió que, el adquirente de una fotografía incurre en un acto ilícito si dispone su publicación sin insertar el nombre del autor de la obra y sin contar con su previo consentimiento. Sin embargo, entendemos que cuando la obra se enajena a un medio de prensa, se presume que es a los fines de su publicación, y el enajenante no puede desconocer esa circunstancia. Asimismo, si la imagen obtenida tiene originalidad o fuerza artística, es razonable exigir la individualización de su autor pero, en los restantes casos, cuando no se presentan tales características, la exigencia carecería de sustento racional.

La alteración de las imágenes o de la obra, efectuada sin el consentimiento del autor a los fines de su difusión, no acarrea necesariamente la responsabilidad de quien las difunde. Así, la exhibición de una obra cinematográfica por televisión con la exclusión de ciertas escenas de contenido violento o erótico, para dar cumplimiento a las normas que imponen el buen gusto y la vigencia de los valores éticos, no vulnera los derechos del autor (500).

Aunque la publicación de una fotografía no es reprochable por haber sido tomada en un lugar público, corresponde indemnizar a la actora por los perjuicios que le ocasionó el comentario adjunto que

---

(498) LA LEY, 1986-B, 257.

(499) Caso *“Engel c. Tarifario S.R.L.”*, Jurisprudencia Argentina 2000-I-339; LA LEY, 1999-F, 214; DJ, 2000-1-574.

(500) Caso *“Salmoyraghi”*, resuelto por la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Jurisprudencia Argentina 1997-III-369.

hacía referencia a su vinculación sentimental con la persona que la acompañaba en la fotografía y a ciertos calificativos hirientes que constituyen *“la injustificada intromisión en la intimidad ajena, que permite la procedencia de la demanda según lo preceptuado por el artículo 1071 bis del Código de fondo”* (501). Al resolver el caso, el tribunal expresó que el hecho generador de la responsabilidad no era la publicación de la fotografía sino las afirmaciones inexactas que acompañaron a dicha toma.

Al resolver el caso *“Medina c. Editorial Inédita”* (502), del 27 de octubre de 1987, la Cámara Nacional en lo Civil, sala A, sostuvo que la publicación de fotografías obtenidas en un certamen público de fisicoculturismo en una revista de corte erótico, *“no puede resultar sino un entrometimiento arbitrario en la vida de una mujer, agredida por la curiosidad bien calificada como de malsana por Mosset Iturraspe en El derecho a la intimidad, por los ávidos lectores de la revista, cuyo repaso aun superficial pone inequívocamente de resalto”*. En su voto en disidencia, y ajustándose a las disposiciones de la ley 11.723, el Dr. José de Mundo expresó que ella autorizaba la publicación de fotografías obtenidas en lugares públicos, y que *“el derecho a la intimidad legislado en el art. 1071 bis Código Civil, no parece comprometido aquí, entendiéndose a que el acto originario es precisamente lo opuesto: una exhibición”*.

Apartándose del principio que autoriza una amplia publicidad de todos los hechos concernientes a figuras públicas, la Corte Suprema de Justicia hizo prevalecer sobre el mismo la vigencia del derecho a la privacidad e intimidad, a raíz de la publicación de una fotografía de Ricardo Balbín cuando se encontraba internado en una clínica. Al decidir el caso *“Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida”* (503), del 11 de diciembre de 1984, la Corte expresó que *“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. Que en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actua-*

---

(501) *“Mazzei, Carlos c. Revista T.V. Semanal”*, LA LEY, 1986-D, 76.

(502) LA LEY, 1988-B, 372.

(503) Fallos CS 306:1982; LA LEY, 1985-B, 120.

*ción 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”.*

Siguiendo la línea argumental del caso *“Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida”*, la sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió, en el caso *“Gorojovsky c. De Antueno”*, del 27 de diciembre de 1993, que por aplicación de la ley N° 11.723 y del debido resguardo al derecho a la intimidad, la parte demandada debía abstenerse de reproducir las fotografías que había obtenido de la actora y entregar a ella las que obrasen en su poder junto a los negativos.

En el voto de la mayoría se destacó que si bien la actora había prestado conformidad para ser fotografiada y para que se publicaran tales fotografías, ese consentimiento era nulo pues, al tiempo de su otorgamiento, la actora era menor de edad. Esa circunstancia, unida al hecho de que se había agotado el objeto publicitario convenido, avalaban la prohibición para que, en lo sucesivo, se difundieran las imágenes de la actora. Sin embargo, el Tribunal añadió también una condena adicional para la parte demandada: la entrega de las fotografías obrantes en su poder y los negativos.

Esta última decisión suscitaba un conflicto entre el derecho de propiedad de quien había obtenido las fotografías y el derecho a la intimidad de la actora. Así lo entendió en su voto el juez Claudio Kiper, al cual adhirió el juez Néstor Cipriano. Sostuvo que *“en el conflicto entre el derecho a la dignidad y la libertad de prensa prevalece el primero sobre el segundo”*, y que el derecho a la intimidad deriva de aquel derecho a la dignidad. Añadió que, sin perjuicio de esa entrega a la actora, esta última no podía utilizar las fotografías y sus negativos con fines de reproducción o comerciales. Por su parte, en el voto del juez Marcelo Achával, expresó que *“La pretendida restitución de lo que no es de su propiedad y no estuvo en su patrimonio con anterioridad, beneficiaría injustamente a quien —arteramente— posibilitó la realización del acto que —ahora— reputa como inmoral e ignora que, con las fotografías recibidas, pretendió beneficiarse realizando la misma promoción frente a terceros”*.

Es indudable que el voto de la mayoría importó una lesión injustificada al derecho de propiedad sin salvaguarda alguna para el derecho a la intimidad, teniendo en cuenta que los procesos tecnológicos permitían obstaculizar el contenido de la obligación de entregar las fotografías y sus negativos. Además, las proyecciones lógicas de aquella argumentación pueden conducir a soluciones arbitrarias para el derecho de propiedad. Es que, si se llegara a admitir que, invariablemente, el derecho de propiedad está subordinado al derecho a la intimidad, toda fotografía científica o reproducción pictórica de un



individuo realizada sin su consentimiento debería ser entregada a este último porque, a pesar de las excepciones previstas en el art. 31 de la ley N° 11.723, ellas carecerían de validez constitucional en la medida que no le asignan carácter preferencial al derecho de propiedad.

Con semejante criterio, no podría funcionar libremente la prensa tecnológica que es, precisamente, la prensa del futuro. Todas las imágenes que se proyectan mediante la televisión, si alcanzan la figura de una persona, estarían expuestas a la censura. Tal conclusión, carente de toda razonabilidad, es fruto de aquellas posturas dogmáticas que, prescindiendo de la realidad en la cual convivimos, pretenden imponer autoritariamente jerarquías en el orden de las libertades sin distinguir los planos individuales, institucionales o estratégicos en que se manifiestan.

El derecho a la propia imagen no siempre constituye una expresión del derecho a la intimidad. Si una personalidad, vastamente conocida en el ambiente artístico que busca permanentemente difundir su imagen para, precisamente, preservar su recuerdo en la memoria del público y obtener beneficios económicos con su comercialización, ya sea de manera directa —publicidad— o en forma indirecta —notoriedad—, difícilmente podrá argüir una lesión a su derecho a la intimidad cuando su imagen es difundida prescindiendo de su consentimiento expreso o tácito. Lo podrá hacer si esas fotografías difunden aspectos propios de su vida íntima. Pero, en las restantes hipótesis, a lo sumo, sólo podrá invocar una lesión a su derecho a la propiedad. Por otra parte, si esa personalidad celebra un acuerdo con un medio de prensa autorizando, durante determinado lapso, la publicación de sus fotografías, nos encontramos con una relación de tipo contractual en la cual no tiene cabida el derecho a la intimidad. Asimismo, si vencido el lapso contractual se prosiguen publicando aquellas fotografías obtenidas voluntariamente, con o sin beneficio económico para el medio de prensa y con el consiguiente perjuicio para quien lucra con su propia imagen, habrá un incumplimiento contractual o, en todo caso, un acto ilícito. Habrá una lesión al derecho a la propiedad pero no al derecho a la intimidad, debido al valor económico que en el mercado tiene esa imagen y cuyo monto dependerá de la mayor o menor trascendencia pública que tenga la persona involucrada.

Sin embargo, en varias oportunidades (504), nuestros tribunales civiles han considerado que, en tales casos, se está vulnerando el

---

(504) El Derecho 94-583, 99-714 y 164-427. En el caso "RSH c. Cica", resuelto el 31 de agosto de 1995, la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sostuvo que, en tales hipótesis, se produce básicamente una lesión al derecho de propiedad, LA LEY, 1996-D, 139.

derecho a la intimidad merecedor de la reparación de un presunto daño moral. No compartimos esta conclusión que, a nuestro entender, es fruto de la desvalorización del derecho a la propiedad privada que, en el marco de ciertas concepciones dogmáticas, impide su reconocimiento desembocando en el encuadre de las relaciones sociales dentro de otras categorías de libertades como es el derecho a la intimidad. Sin caer en extremos teóricos, se impone un equilibrio entre las concepciones dogmáticas y el pragmatismo.

El carácter pendular y la falta de uniformidad al respecto, es manifiesta en nuestra doctrina jurisprudencial. Al resolver el caso "A., A.M. c. Editorial Sarmiento" (505), la sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil entendió que, la publicación de fotografías suministradas por personal policial, en las que se reproducían las imágenes de los cadáveres pertenecientes a familiares de la demandante, era ilícita por no haber sido requerido el consentimiento de ella, tal como lo impone el art. 31 de la ley 11.723. Consideró que no se trataba de fotografías que respondieran a fines culturales, científicos, didácticos ni que reflejaran acontecimientos de interés público desarrollados en forma pública.

Distinta fue la solución adoptada por la sala E de aquella Cámara, al resolver el caso "M., C.P. c. Editorial Sarmiento" (506). En primera instancia, se eximió de responsabilidad a la empresa periodística por el contenido de las notas publicadas con motivo del homicidio de la hija de los actores. No así por la publicación de la fotografía que la mostraba muerta en el interior de un automóvil. Al revocar la sentencia, la Cámara sostuvo que la nota periodística, basada sobre las constancias obrantes en una causa penal, reflejaba la realidad de un hecho. En ella, se tildaba a la víctima de "prostituta" y "drogadicta", pero al margen de "encontrarse debidamente comprobado en autos que gran parte de la historia era cierta y real, no se ha invadido arbitrariamente la intimidad de persona o grupo familiar alguno, sino que, mas allá de que se comparta o no el estilo empleado, se ha limitado a informar al público cuestiones que hacen al interés de la ciudadanía". Por otra parte, "la azarosa vida que llevaba la víctima, en cuanto a su calidad de prostituta y drogadicta", determinaba que, "con las publicaciones antes mencionadas no puede considerarse lesionado el honor o la dignidad de sus familiares, desde que dichos atributos ya estaban mancillados por la vida que llevara la víctima". Con respecto a la publicación de las fotografías, el tribunal sostuvo que "el medio de prensa demandado no se entrometió arbitrariamente en el ámbito de

---

(505) LA LEY, 2000-E, 11; DJ, 2000-3-282.

(506) Jurisprudencia Argentina 2000-II-336.

*la intimidad familiar de los actores, pues lo único que ha hecho es reproducir fotográficamente un hecho de sangre acaecido en la vía pública y a la vista de todos, sin inmiscuirse subrepticamente en ningún lugar privado o reservado para obtener la instantánea".* Agregó que, el art. 31 de la ley 11.723, "permite la libre publicación cuando se relacione con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público".

Características particulares revistió la sentencia dictada por la sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al resolver el caso "L., V.R. c. Editorial Atlántida" (507). En cierta revista fue publicada una nota periodística de investigación en la cual se narraba la forma en que, niños de poca edad, ingresaban al mundo de la droga mediante el consumo de estupefacientes en lugares públicos y cómo ese ámbito configuraba la antesala de la prostitución y la delincuencia. La nota era ilustrada con diversas fotografías. En algunas, se mostraban a menores de edad ingiriendo drogas, y en una de ellas, se reproducía la imagen de un hombre, con rasgos similares a los del demandante, en el momento que ingresaba a un albergue transitorio en compañía de una joven. El accionante alegó que la publicación de su imagen, realizada sin su conformidad, le había provocado la quiebra de su vida familiar; un daño psíquico y patrimonial por la pérdida de su empleo; y un daño moral por la publicación de la fotografía efectuada sin su consentimiento.

En cuanto al primero de los agravios, el tribunal destacó que "el actor no puede atribuir a la nota en cuestión la quiebra de su vida familiar que ya estaba sucediendo. Por otra parte, las dificultades en el hogar no justifican de ninguna manera las infidelidades del actor, infidelidades que, por cierto, no debían resultarle gratuitas. Por lo dicho, no correspondía resarcir este ítem de quiebra del grupo familiar, ya que lo contrario significaría tanto como convalidar el adulterio, lo cual de ninguna manera es admisible".

Sin embargo, pese a que no se había acreditado fehacientemente que la imagen reproducida fuera la del accionante, y al temperamento adoptado para indicar que no se había vulnerado el derecho a la vida privada o intimidad respecto a la invocada quiebra de la vida familiar, el tribunal entendió que, en cuanto de los restantes daños invocados, se había operado una lesión a su derecho a la intimidad. Para el tribunal, el demandante no podía invocar su propia torpeza con relación a la infidelidad conyugal insinuada en la fotografía pero, respecto de los restantes daños y con referencia al dere-

cho a la intimidad, "...la reserva que debe guardar la propia imagen, la autorización que se debe solicitar para reproducirla, en autos no se ha cumplido; y eso, precisamente, debe meritarse para acordar una indemnización, por el agravio moral que ha sufrido el actor. Y en este caso particular ese daño moral se desprende de la autonomía que siempre se le reconoce para incluir en el mismo el daño psíquico y el perjuicio sufrido en materia laboral". En síntesis, mediante una misma fotografía, la presunta invasión al derecho a la intimidad puede ser calificada, simultáneamente, como lícita respecto de ciertos daños e ilícita en cuanto a otros.

Conforme al art. 31 de la ley 11.723, la persona que presta su consentimiento para que se difunda su retrato fotográfico, puede revocarlo resarcido daños y perjuicios. La aplicación de esta norma fue considerada por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al resolver el caso "A., C. c. Editorial Perfil" (508). La actora, en 1987, había celebrado un contrato oneroso con la empresa editora por la cual se obligó a realizar una producción fotográfica integrada por desnudos artísticos para ser publicados en la revista Play Boy. Asimismo, cedió y transfirió a Editorial Perfil todos los derechos de publicación y reproducción sobre el material que se iba a publicar. En 1988 fueron publicadas las fotografías en esa revista.

En 1991, la revista Noticias de aquella editorial, realizó una nota de la actora en la cual se publicaron fotografías de ella acompañada por su hijo menor de edad y el padre del mismo. Al año siguiente, la actora tuvo conocimiento que, en la revista Play Boy, iban a ser nuevamente publicados sus desnudos registrados en 1988. Decidió, entonces, notificar a la empresa editora de ambas revistas su decisión de rescindir el contrato. Sin embargo, con motivo de la cesión de derechos efectuada, la rescisión no la aceptó esta última. Fue así que, en 1992, la revista Play Boy publicó las fotografías que habían aparecido en la revista Noticias, y con ellas, uno de los desnudos publicados en 1988. Asimismo, en las páginas posteriores, se reprodujeron los restantes desnudos, y varios meses después, se reiteró la publicación en Play Boy de las fotografías originariamente publicadas en 1988.

La actora, junto a su pareja y en representación de sus hijos menores de edad, promovió un juicio por indemnización de daño material y moral contra la empresa editora. Su pretensión fue aceptada por el tribunal. En cuanto al daño material, su procedencia se basó sobre la rescisión del contrato autorizada por el art. 13 de la ley 11.723,

---

(508) LA LEY, 1997-D, 160.

potestad cuyo ejercicio no está condicionada al previo pago del resarcimiento por daños y perjuicios. La rescisión había privado a la empresa editora de todo derecho a proseguir efectuando la publicación de las fotografías. En cuanto al daño moral, invocado también por la pareja de la actora y sus hijos, su viabilidad se basó sobre el derecho a la intimidad. Derecho que había sido vulnerado *"al confundir, con dudoso gusto, las fotografías de los menores con los desnudos de su madre mostrando al lado del padre"*.

Siguiendo una línea de pensamiento similar, en el caso *"Carrizo c. Editorial Atlántida"* (509), resuelto por la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, se afirmó que la publicación de fotografías obtenidas sin la conformidad del demandante, y de otras suministradas por terceros, viola su derecho a la imagen. Agregó, que la difusión pública de hechos acontecidos en reuniones familiares o con motivo del desarrollo de tareas profesionales, requiere la conformidad del fotografiado.

En algunos casos, cabe presumir que, las fotografías obtenidas en lugares públicos, y por las características de la imagen registrada, cuentan con el consentimiento para su publicación. Pero, la publicación de ellas no se puede realizar con el propósito de ilustrar notas periodísticas que carecen de toda relación con las circunstancias que motivaron su obtención.

Así, se ha resuelto que la fotografía registrada con motivo de un acto electoral que, posteriormente, se publica para ilustrar un hecho de naturaleza policial, al margen de violar el derecho a la imagen, configura una ofensa para el honor del agraviado (510). Otro tanto, si se ilustra una nota sobre la drogadicción en el ámbito deportivo con la imagen de un profesional del ambiente artístico, y sin que el mismo hubiera prestado su conformidad (511).

También se ha considerado que, *"Si bien la foto publicada en el Diario La Nación fue tomada en el marco de una competencia deportiva y pública, y que conforme a la última parte del art. 31 de la ley 11.723, éste presupone la libertad de reproducción de las muestras fotográficas realizadas en lugares públicos, cabe tener en cuenta que cuando dicha fotografía se la utiliza en otro contexto que desvirtúa la significación que tuvo originalmente, la amplitud que deviene de la*

---

(509) Jurisprudencia Argentina 1998-II-167; LA LEY, 1997-E, 1000 (39.756-S).

(510) Caso *"C., J.C. c. Arte Gráfico"*, resuelto por la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, LA LEY, 1998-D, 632.

(511) Caso *"L., S.J. c. Editorial Perfil"*, resuelto por la sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, LA LEY, 2000-E, 38.

*norma citada tiene sus límites en el art. 1071 bis del Código Civil... Lo expuesto refleja la situación planteada en autos, toda vez que la fotografía aparecida en el Diario La Nación en el contexto de una serie de actos que se iban a realizar con motivo de cumplirse los 20 años de la introducción del "taekwondo" en nuestro país, luego fue utilizada sin el consentimiento del actor, en la Revista Casos Policiales para ilustrar una nota referida a un homicidio. Asimismo, la leyenda que obra sobre la foto y que dice "No siempre se usa el karate como defensa. Puede ser arma criminal", constituye un agravante más para el derecho a la imagen del accionante, quien—según las constancias obrantes en esta causa— es reconocido en la actividad deportiva que desarrolla, resultando sin dudas mortificante al no haberse protegido su identificación y dar ocasión a comentarios equívocos" (512).*

Reiteradamente, nuestros tribunales han decidido que la publicación del retrato fotográfico de una persona está limitada por dos normas jurídicas. En primer lugar, el art. 31 de la ley 11.723, que exige el consentimiento de la persona fotografiada, no para obtener la fotografía, sino para proceder a su difusión. En segundo lugar, por el art. 1071 bis del Código Civil, que sanciona el entrometimiento en la vida ajena mediante la publicación de retratos. A tales límites, se añade la publicación de la fotografía respondiendo a notas periodísticas que carecen de toda relación con las circunstancias de tiempo y lugar bajo las cuales se obtuvo la fotografía.

Tales límites son aceptables siempre que, en cada caso concreto, respondan a una interpretación razonable y no a una concepción dogmática como la que predomina en nuestro ámbito jurisprudencial. La obtención de una fotografía en un lugar público, es lícita si se la emplea para ilustrar una nota de interés público, o una nota en la cual se describen hechos desarrollados en público, sin tergiversar las circunstancias que determinaron el registro de la imagen. En tales supuestos, el consentimiento de la persona fotografiada, no es necesario.

En algunas oportunidades, las imágenes de una persona no son empleadas para ilustrar una nota periodística, sino con fines publicitarios. Aquí, sí es exigible el consentimiento para la publicación de tales imágenes si ellas presentan un carácter relevante para la publicidad.

*Así, "no puede negarse el carácter publicitario de la nota institucional publicada en un diario dando a conocer las actividades*

---

(512) Caso "V., E.O. c. Editorial Perfil", resuelto por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, LA LEY, 1998-B, 703.

de una empresa. En consecuencia, la misma debe responder por los daños y perjuicios causados a la actora por la inclusión de su fotografía, sin la correspondiente autorización en la nota mencionada, no obsta a ello la falta de percepción de suma alguna por la publicación en cuestión” (513). La fotografía ilustraba las tareas que desarrollaban los empleados de una empresa telefónica.

También se ha dicho que, “con apoyatura en doctrina autoral y judicial destaca: el simple consentimiento para la toma de una fotografía, no implica necesariamente conformidad con su publicación...la simple publicación de las fotografías de una persona con fines comerciales, sin la debida autorización, genera daño moral que debe ser indemnizado, resultando irrelevante que las características del retrato no traigan aparejado una lesión al honor ni un descrédito de la personalidad... El derecho a la propia imagen que es derecho personalísimo autónomo como emanación de la personalidad, contenido en los límites de la voluntad y de la autonomía privada del sujeto al que pertenece, toda persona tiene sobre su imagen un derecho exclusivo que se extiende a su utilización, de modo de poder oponerse a su difusión cuando ésta es hecha sin autorización, a menos que se den circunstancias que tengan en miras un interés general que aconseje hacerlas prevalecer sobre aquel derecho. La protección de este derecho es independiente de la tutela al honor, a la intimidad y a la privacidad” (514). En el caso concreto, se trataba de la inserción de fotografías para ilustrar la publicación de una revista distribuida por una empresa de aeronavegación entre sus pasajeros. Las fotografías mostraban a la demandante y a otras empleadas de esa empresa mientras desarrollaban sus tareas en un lugar público.

Esta corriente jurisprudencial genera el riesgo de conducir a situaciones absurdas, al admitir que la difusión de la imagen de una persona, aunque no sea disvaliosa para sus restantes derechos personalísimos, genera un daño que debe ser resarcido. Aquí también se impone la búsqueda del equilibrio entre las concepciones dogmáticas y un enfoque pragmático basado sobre la realidad imperante en el seno de una sociedad pluralista.

Quienes propician elevar el derecho a la propia imagen a una categoría autónoma, en el marco de los derechos personalísimos, generalmente se limitan a relacionar su presunta violación con la inserción de imágenes no autorizadas en los medios gráficos de prensa.

---

(513) Caso “Sosa c. Telecom”, resuelto por la sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, LA LEY, 2000-F, 113.

(514) Caso “Mesaglio c. Austral”, resuelto por la sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, LA LEY, 2000-F, 116.

Sin embargo, los profundos avances tecnológicos operados en los medios de comunicación social, suelen poner de manifiesto la inconsistencia empírica de aquella postura doctrinaria o, al menos, las dificultades racionales que se presentan cuando se procura concretar su aplicación a las imágenes transmitidas por el cinematógrafo, la televisión o la internet. Imágenes que suelen ser la esencia insustituible de notas periodísticas directamente relacionadas con acontecimientos reflejados en aquellas. Mientras que, en la prensa gráfica, las imágenes se emplean para complementar o enriquecer la comprensión de la nota periodística que se difunde, en los medios audiovisuales la imagen constituye la noticia, y los comentarios o explicaciones orales, apuntan a su descripción y significado.

Uno de los productos de aquellas innovaciones tecnológicas es el fenómeno que ha recibido el nombre de "cámara oculta". Consiste en la filmación de ciertos acontecimientos realizada sin el consentimiento de sus protagonistas o, de mediar el mismo, sin su conformidad para la difusión pública.

En sus comienzos, a mediados del siglo XX, la utilización de las cámaras ocultas respondió a una finalidad de esparcimiento o humorística. A veces con buen gusto, y otras no, se proyectaban en el cinematógrafo, y con mayor asiduidad en programas televisivos, las imágenes de personas que afrontaban situaciones risueñas. En algunas oportunidades de manera espontánea y, en otras, provocadas deliberadamente por los equipos de filmación.

Cuando las filmaciones responden a un objetivo humorístico o de esparcimiento, y son realizadas en lugares públicos o en el ámbito de relaciones sociales que exceden los límites de la privacidad, consideramos que, en principio, no existe una violación al derecho a la propia imagen. Pero no acontece lo propio si ellas son proyectadas con fines comerciales de publicidad porque, en tal caso, se estaría vulnerando el derecho de propiedad del titular de la imagen, si ella tiene un rol principal o relevante en la filmación. Tampoco si la sátira supera ciertas pautas de razonabilidad, y es apta para concretar una lesión al derecho al honor o al derecho a la vida privada.

Así, se ha resuelto que, cualquiera que sea el lugar público donde se desarrolla una filmación realizada con fines humorísticos, la difusión del comportamiento de uno de los participantes en los hechos filmados, requiere su previo consentimiento inequívoco si la publicidad puede lesionar el derecho al honor o a la intimidad (515). In-

---

(515) Caso "Battafarano c. Telearte", resuelto por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, LA LEY, 1999-A, 484.



clusivo, para eximirse de responsabilidad, no es suficiente acreditar el conocimiento que la persona tenía sobre la filmación que se estaba realizando y el hecho de haberse prestado voluntariamente a ser objeto de ella.

Originariamente, este tipo de filmaciones no generaban reclamos resarcitorios. Sin embargo, el paulatino auge de la doctrina de los derechos personalísimos, fue modificando la respuesta de los sujetos involucrados quienes, mediante la promoción de acciones judiciales, encontraron una vía para obtener resarcimientos económicos.

El riesgo que acarrea este tipo de sentencias condenatorias fue atemperado mediante dos procedimientos. Uno de ellos consiste en requerir la autorización y participación de los familiares o amistades de la persona que asume el rol de protagonista de la filmación. Ellos se encargan, con posterioridad a la filmación, de persuadir a aquella para que acepte su difusión pública. Otra vía reside en ofrecer, a ese protagonista, una compensación económica para que permita la difusión del material filmado. Sugestivamente, en la inmensa mayoría de los casos, el consentimiento se brinda de manera casi inmediata. El pago de una suma de dinero, la entrega de bienes materiales o la estadía gratuita en lugares turísticos, relegan a un plano absolutamente secundario la preservación del derecho al honor, de la vida privada, de la intimidad y, por supuesto, del derecho a la propia imagen. Esta particularidad que advertimos en el comportamiento social, debería ser debidamente valorada por quienes asumen una postura dogmáticamente crítica de semejantes programas humorísticos.

Esa valoración, acudiendo a un enfoque pragmático, fue ponderada por la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al decidir el caso "*Hay c. Cutuli*" (516). Si bien no se trató de la filmación obtenida mediante una cámara oculta, las consideraciones vertidas son perfectamente aplicables a las filmaciones obtenidas por vía de esa modalidad. Se entendió que las expresiones utilizadas constituían un recurso de la técnica televisiva y de comunicación, cuyo objeto consiste en otorgar un carácter ameno a las narraciones de un partido de fútbol, y formular una crítica a la actuación del árbitro demandante. En tal caso, no existe una ofensa o agravio, sino un juego de palabras cuyos destinatarios son los televidentes que, el sentido común, invita a aceptar con tolerancia y humor. Es que, una velada crítica humorística, si está desprovista de grosería y mala fe,

---

(516) Jurisprudencia Argentina 1998-IV-294.

no resulta idónea para concretar la lesión de algún derecho personalísimo.

La cámara oculta no ha sido utilizada tan sólo con fines de esparcimiento y para provocar una sonrisa en el rostro de los televidentes. Su perfeccionamiento técnico permitió recurrir a ella respondiendo a propósitos institucionales o de relevante interés público.

Una de las modalidades que se han desarrollado en el ámbito del periodismo, desde la segunda mitad del siglo XX, es el llamado periodismo de investigación. En algunas oportunidades para ampliar la información que brindan al público los gobernantes, particularmente el órgano judicial. En otras, para efectuar una indagación periodística sobre determinados hechos, que puede ser paralela a la que podrían estar realizando aquellos.

Los datos periodísticos así obtenidos suelen ser aportados a los organismos gubernamentales para que profundicen o encaucen la investigación de ciertos acontecimientos, sin perjuicio de su difusión por los medios de prensa. No cabe duda que, en numerosas ocasiones, el periodismo de investigación facilitó la labor de aquellos organismos para esclarecer hechos delictivos o comportamientos irregulares que lindan con la corrupción, tanto en el ámbito del gobierno como en el de las actividades privadas.

El ejercicio del periodismo de investigación mediante el empleo de la cámara oculta es, probablemente, el que tuvo mayor repercusión pública y aceptación de la ciudadanía, generando novedosas consecuencias jurídicas (517). La difusión de las imágenes y sonidos que se obtienen a través de la cámara oculta ha permitido que, el ciudadano común, tome conciencia sobre la gravedad de ciertos episodios, con mayor intensidad que la resultante de la lectura de los detallados mensajes que emite la prensa gráfica.

A ello se añade un factor fundamental del cual, en definitiva, depende la credibilidad de las filmaciones logradas con una cámara oculta: el significativo grado de responsabilidad ética y social imperante entre los periodistas que acuden a esa herramienta informativa. Es así que, la difusión pública de las imágenes obtenidas, solamente se lleva a cabo cuando de ellas resulta relativamente fehaciente la veracidad de los hechos investigados. Pero, cuando ello no es así, o si existen serias dudas, o si se llegara a involucrar a personas inocentes, los periodistas se abstienen de dar a difusión las

---

(517) ADOLFO LUIS TAMINI, *Periodismo de investigación y cámara oculta. Validez de la prueba obtenida*, LA LEY, Actualidad, 10 de febrero de 2000.

filmaciones sin perjuicio de entregar el material a la autoridad policial o judicial.

La credibilidad de las filmaciones obtenidas mediante las cámaras ocultas ha conducido a los presuntos damnificados a requerir su secuestro y censura. Tal fue lo que aconteció con motivo de la sentencia dictada por la sala II de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, en el caso *"Salvo Aragón c. Artear"* (518). El demandante había requerido que se condenara a la demandada para que le entregue una filmación realizada subrepticamente y cuya difusión televisiva estaba prevista. Asimismo, y como medida cautelar, requirió que en la eventual difusión se procediera a presentar en forma borrosa u oculta las fisonomías filmadas. Los jueces Eduardo Vocos Conesa, Jorge Pérez Delgado y Eugenio Bulygin rechazaron categóricamente la petición. Tras citar el art. 14 de la Constitución Nacional y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, expresaron que *"La libertad de expresión que es garantizada por las normas citadas quedaría claramente vulnerada no sólo si se impide la difusión del programa, sino si este tribunal de justicia —tal como lo pide el actor— interviene para limitar, condicionar o imponer modalidades a la forma en que las imágenes o los nombres hayan de ser publicados... Los valores que el actor intenta preservar, tales como su reputación o el principio de la inocencia (que según dice, podría ser conculcado por la difusión de los hechos que determinaron la filmación), no son susceptibles de proteger mediante la censura previa. La misma Convención Americana de Derechos Humanos recién citada deja a salvo las responsabilidades ulteriores (artículo 13, inciso 2) y a éstas deberá acudir el demandante si se cree con derecho"*.

Las grabaciones concretadas mediante una cámara oculta no constituyen una prueba judicial decisiva para tener por acreditados los comportamientos punibles en materia penal. Pero ello no significa que tales grabaciones carezcan de relevancia y que no puedan ser articuladas con otros medios probatorios.

Así se resolvió en el caso *"Pache"*, por la sala 2 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (519). Destacó que *"Se cuestiona en autos la filmación realizada por el equipo de "Telenoche investiga" —del Canal 13 de televisión— respecto de una conversación llevada a cabo por el imputado... con un empresario del sector fúnebre. Sostiene la defensa que dicha grabación no cumple con los requisitos exigidos para la obtención de pruebas, por no*

---

(518) El Derecho 177-421.

(519) Jurisprudencia Argentina 1999-IV-676.

*haber contado con el debido control judicial, como se exige por ejemplo para las intervenciones telefónicas, además de haberse efectuado en violación a los derechos constitucionales de privacidad e intimidad. A juicio de los suscriptos, la cuestión planteada no puede prosperar. Ello por cuanto, en el paralelismo que se invoca con las intervenciones telefónicas, el caso guarda parangón con la grabación de una comunicación por parte de uno de los interlocutores y es claro que ello no invade la esfera de prohibiciones probatorias... Así, más allá del mayor o menor grado de acierto que lleve el mecanismo elegido para proceder a la filmación a efectos de asegurarle máxima eficacia probatoria, se trata sencillamente de la documentación de un soporte audiovisual de un hecho histórico acaecido. Y en esa inteligencia, es principio inconvencible del sistema probatorio vigente en el Código Procesal Penal, el criterio de no taxatividad de los medios de prueba, de modo que el considerar abierta a la enumeración que la ley hace de ellos implica que la presencia de algún medio probatorio que no tenga regulación específica no obsta a su admisión si resulta pertinente para comprobar el objeto de la prueba... ”.*

En esta materia, las imágenes obtenidas mediante una cámara oculta tienen valor probatorio, a menos que se presenten deficiencias de índole técnico que permitan cuestionar su validez.

Se plantean interrogantes sobre la validez de la prueba cuando, mediante el procedimiento de la cámara oculta, se realiza la filmación sin el conocimiento del imputado, o vulnerando su garantía a la inviolabilidad del domicilio, o lesionando su derecho a la vida privada o intimidad.

Tales aspectos fueron debidamente considerados por la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, al resolver el caso “Raña” (520). Se había cuestionado la validez de la filmación realizada por el equipo de producción de un programa de televisión, en la que se dejaba constancia de la conversación mantenida en el domicilio del imputado por éste con otro imputado y un integrante del equipo periodístico.

El tribunal sostuvo que el periodista, a diferencia de un oficial de policía, no estaba obligado a dar a conocer su condición profesional, ni a informar que procedería a realizar una filmación, así como tampoco a contar con una autorización judicial previa.

Destacó el tribunal que “consideramos que los simples particulares no se encuentran comprendidos por los límites formales estableci-

*dos por la ley procesal penal y no parece razonable, como se pretende en este caso, exigirle al periodismo la obtención de una orden judicial para llevar a cabo una investigación ni la imposición de sus derechos al interlocutor antes de conversar con él”.*

Tras reiterar la doctrina expuesta en el caso “Pache”, sobre la relación existente entre la filmación y la grabación de una conversación telefónica por parte de uno de los interlocutores, el tribunal desechó que se hubiera violado el derecho a la intimidad o la garantía de la inviolabilidad del domicilio: *“Más allá de lo señalado, respecto de la supuesta injerencia arbitraria en la intimidad que habría existido, se advierte que el propio Raña redujo sus expectativas de intimidad al prestar consentimiento expreso al ingreso a su domicilio y al confiar a sus interlocutores los datos que ahora pretende excluir del proceso”.* Agregó que *“el riesgo de una delación por parte del interlocutor es una posibilidad que se asume al hablar, y que uno resigna sus razonables expectativas de intimidad al conversar con otro, máxime como en el caso, en el que se refiere una falta de conocimiento previo con el sujeto que a la postre se revelara como integrante de un equipo de investigación periodística”.*

La difusión de la filmación fue relacionada con *“el riesgo tomado a cargo por un individuo que voluntariamente propone a otro la comisión de un delito o que voluntariamente permite a otro tomar conocimiento de tal propuesta o hechos que son relevantes para la prueba de un delito ya cometido, incluye el riesgo de que la oferta o los hechos puedan ser reproducidos ante los tribunales por quien, de esa forma, tomó conocimiento de ellos... Este tribunal ha sostenido, por otra parte, que carece de razonabilidad efectuar una distinción—dada la equivalencia del riesgo asumido en lo que hace a su difusión a terceros—entre un interlocutor y probable informante con o sin instrumentos de grabación”.*

El tribunal, sobre la base de la doctrina expuesta por la Corte Suprema de Justicia (521), reiteró que la validez de la prueba no podía ser cuestionada por un presunto desconocimiento de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio. Expresó que *“En cuanto a la supuesta violación del domicilio, se advierte que lo relativo a ello luce como un aspecto secundario, ya que ninguna prueba de cargo fue obtenida de él, sino que sólo se desarrolló en su ámbito la conversación que se grabara, hallándose en un primer plano entonces la conversación y la voluntariedad de Raña en lo que hace a los dichos que manifestara. Sin perjuicio de ello, no luce prima facie delictiva la*

---

(521) “Fiscal c. Víctor Hugo Fernández”, Fallos CS 313:1305.

*conducta del periodista, ya que medió consentimiento expreso del propio Raña para que entrara a su domicilio... En punto a este aspecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo citado supra, descartó que se hubiese visto comprometida la garantía de inviolabilidad del domicilio cuando al imputado nada se le ocultó porque nada indagó, no se hizo un despliegue de medios engañosos para ingresar a su morada, esta última no fue objeto de requisas y cuando en definitiva la presencia de terceros en el hogar se debió a la forma en que discrecionalmente ejerció su derecho como titular del domicilio”.*

### 188. EL DERECHO AMBIENTAL

La preservación del medio ambiente, su defensa y la consecuente obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para que la vida humana pueda desenvolverse en un marco físico, psíquico y cultural adecuado, no era una materia extraña a la Constitución Nacional antes de la reforma de 1994.

Como derecho subjetivo, integraba e integra la categoría de los derechos residuales del art. 33 de la Ley Fundamental, entre otros los derechos a la vida y la salud, que pueden ser lesionados en el marco de un ambiente nocivo para ellos. Como obligación del Estado, a cuyo cargo está el deber de ofrecer seguridad a los individuos y grupos sociales, estaba prevista en el anterior art. 67, inc. 16, de la Constitución que subsiste en el texto actual (art. 75, inc. 18): proveer lo conducente a la prosperidad, al adelanto y bienestar del país.

Su reconocimiento también emanaba de tratados internacionales sobre derechos humanos. Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados deben reconocer a toda persona el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. A tal fin deben adoptar, entre otras, las medidas necesarias para mejorar el medio ambiente en todos sus aspectos (art. 12).

La creciente preocupación por evitar las alteraciones del medio ambiente que pudieran repercutir nocivamente sobre la vida humana fue una constante en el curso de la segunda mitad del siglo XX (522). Numerosas normas legislativas y municipales se han dictado con el propósito de tutelar el medio ambiente, aunque muchas de ellas no

---

(522) GUIDO SANTIAGO TAWIL, *La cláusula ambiental en la Constitución Nacional*, LA LEY, 1995-B, 1291; Instituto de Investigación y Desarrollo, *Medio Ambiente*, Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 2004.

fueron debidamente aplicadas, ya sea por su ambigüedad, por su escaso realismo o por la desidia de los gobernantes encargados de ejecutarlas. La ausencia de una cultura ambiental debidamente consolidada también contribuyó a tal resultado. Muchas veces el progreso tecnológico y económico, en la medida que acarrea un incremento en el nivel material de vida, justificaba la alteración del medio ambiente que estaba avalada por el consenso social.

Semejante situación, a nivel mundial, determinó que se alzaran voces de alerta sobre la degradación del ecosistema en cuyo marco se desenvuelve la vida humana. Permanentemente se plantean problemas de índole internacional como la contaminación de los mares, la alteración de la capa de ozono, los cambios climáticos, las lesiones a la flora y a la fauna, así como también otros de índole local como la contaminación de los ríos y aguas subterráneas, del aire, la insuficiente higiene individual y social en las grandes ciudades, la depredación de los recursos naturales y hasta las conductas individuales cargadas de agresividad que perturban una convivencia social racional y equilibrada.

Sin embargo, no es mucho lo realizado sobre el particular porque el éxito de las medidas que se adoptan está condicionado a la existencia de una idea dominante en la sociedad destinada a defender, no solamente el macroambiente, sino también el microambiente que rodea a cada individuo, y esa idea dominante todavía no integra los hábitos sociales. En esta materia, como en tantas otras, las normas jurídicas son ineficaces si no están precedidas por un real estado de conciencia social, y de una intensa y eficiente educación ambiental.

A tales circunstancias, obedece el concepto de desarrollo sustentable definido como un proceso de transformaciones económicas, sociales, ecológicas y culturales destinado a satisfacer las necesidades de todos los grupos sociales conservando la productividad de los recursos y la integridad de los sistemas ecológicos, considerando el carácter dinámico de convivencia social y de la tecnología, tanto productiva como de la afectada a reducir o anular los daños ambientales.

Los convencionales de 1994 se enrolaron en aquella tendencia que observa, con preocupación, la evolución que se opera en el medio ambiente regulando detalladamente su tipificación y medios formales para encauzarla de manera favorable al ser humano. Consecuencia de esa postura es el art. 41 de la Constitución, cuya fuente inmediata son los arts. 45 y 46 de la Constitución española de 1978, y la fuente mediata el art. 24 de la Constitución griega de 1975 y el art. 66 de la Constitución de Portugal de 1976.

El art. 41 establece:

*"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 radioactivos".*

La cláusula constitucional es sumamente ambigua y confusa como consecuencia de una deficiente aplicación de las reglas de formulación normativa. Tal circunstancia podrá ser atemperada mediante una adecuada legislación reglamentaria y una correcta aplicación de la hermenéutica constitucional.

## 189. CONTENIDO DEL DERECHO

El ambiente puede ser objeto de una definición restrictiva o amplia. Para la primera está integrado por el conjunto de elementos físicos que rodean y entre los cuales se desenvuelve la existencia de las personas. La tierra, el aire, el agua, la flora, la fauna y todos aquellos objetos materiales que son obra del hombre, conforman el ambiente. Tanto los objetos materiales de carácter natural como los artificiales.

En su concepción amplia, el ambiente abarca también las circunstancias y condiciones físicas, sociales, culturales y económicas bajo las cuales se desenvuelve la vida humana. Es esta segunda acepción la que adopta el texto constitucional (523).

---

(523) GUIDO SANTIAGO TAWIL, *La cláusula ambiental en la Constitución Nacional*, ob. cit.; GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, p. 298, Ediar, Buenos Aires 1995.



El art. 41 menciona alguna de las cualidades que debe presentar el 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.

En rigor, no es que el ambiente deba ser sano, sino que debe presentar los elementos que permitan a las personas disfrutar, en su ámbito, de su buena salud natural. De igual modo, en una definición negativa significa que el ambiente no debe presentar elementos que perturben la salud natural de las personas.

El equilibrio del ambiente significa que, en la medida posible, corresponde preservar una relación armónica entre sus elementos de la manera más cercana posible a su estado natural. Procede evitar toda alteración de ese estado o, al menos, atenuar sus efectos.

Si el ambiente es sano y disfruta de equilibrio, razonablemente será apto para el desarrollo humano, tanto en su aspecto material como espiritual. El carácter sano y equilibrado del ambiente no es un fin por sí mismo sino un medio para concretar ese desarrollo humano.

En el marco de ese desarrollo humano, la Ley Fundamental le asigna prioridad a las actividades productivas destinadas a satisfacer las innumerables necesidades del hombre. Pero, al satisfacer las necesidades del presente, cabe evitar todo tipo de acción que redunde en perjuicio de la calidad de vida para las generaciones futuras. La aplicación del principio del desarrollo sustentable significa que toda actividad humana del presente no puede prescindir de ponderar los efectos que ella pueda acarrear para las generaciones futuras.

La técnica de redacción empleada para relacionar el medio ambiente con la actividad productiva es deficiente. Es sumamente vaga e imprecisa, pudiendo generar las más absurdas y contradictorias interpretaciones (524). Se reconoce a todos los habitantes el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado. Se lo hace con el propósito de que sea apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas puedan satisfacer las necesidades del hombre. Sin embargo, como el desarrollo humano tiene matices materiales y otros propios del espíritu, la ley reglamentaria no debe obstruir el desenvolvimiento de las actividades productivas que satisfagan necesidades presentes mediante interpretaciones utópicas sobre los factores que pueden comprometer a las generaciones futuras.

---

(524) MARIO F. VALLS, *Primeras reflexiones sobre las cláusulas ambientales y la Constitución*, El Derecho 158-1065.

## 190. PRESERVACIÓN DEL AMBIENTE Y SUJETOS OBLIGADOS

El derecho a un ambiente sano y equilibrado, más que un derecho individual es un derecho social, cuya reglamentación resulta indispensable para armonizar su vigencia con el derecho a desarrollar actividades productivas que, en última instancia, repercuten positivamente sobre el progreso social y el bienestar, tanto material como espiritual, de las personas.

La obligación de preservar el medio ambiente es impuesta, fundamentalmente, al Estado. A través de las autoridades debe proveer a la protección del derecho, al uso 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. Pero, esa obligación también se impone individualmente a todos los habitantes en el sentido de abstenerse de desarrollar conductas que puedan conducir a un resultado contrario al impuesto por la norma jurídica.

El incumplimiento de la obligación, que se traduce en un daño ambiental, acarrea una sanción consistente en el deber de recomponer la situación actual hacia el estado en que se encontraba antes de la producción del daño.

Si el objeto del art. 41 de la Ley Fundamental es el de preservar un ambiente sano y equilibrado, resulta coherente que la norma establezca el deber de recomponer la situación alterada, mediante el restablecimiento del estado anterior. Esa obligación se impone no solamente cuando la alteración y consecuente daño es provocada por la acción humana, sino también cuando su causa reside en un fenómeno natural.

Cualquiera sea el factor desencadenante del daño es obligación ineludible del Estado restablecer la situación anterior. Además, cuando el daño es ocasionado por una conducta humana dotada de dolo o culpa, la obligación de recomponer también deberá ser impuesta al autor de la acción, pero con el carácter de sanción. En este último caso, que presupone una sentencia judicial, la ley podrá prever una sanción complementaria de naturaleza indemnizatoria o punitiva cuyas modalidades y características requieren de una norma reglamentaria.

Corresponde destacar que los conflictos que puedan suscitarse, de manera global, entre las actividades productivas y un medio ambiente sano y equilibrado, deberán ser contemplados por el legislador con un criterio realista estableciendo soluciones que, progresivamente, atenúen los eventuales efectos nocivos de aquéllos. En caso contrario, los costos sociales y económicos pueden alcanzar una

envergadura ilimitada. El legislador debe preocuparse por resolver atinadamente semejantes conflictos teniendo en cuenta que, las propias empresas productoras, modifican permanentemente sus tecnologías para reducir la repercusión negativa que puedan tener sobre el ambiente.

La reglamentación del art. 41 de la Constitución queda incluida entre las potestades delegadas por las provincias en el Estado federal (art. 121 CN). Se trata de una facultad otorgada prioritariamente a la Nación en todo el territorio del país, ya que las provincias se limitan a dictar normas complementarias acordes con las características locales de las que, sobre esta materia, emanen del Gobierno nacional.

La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del medio ambiente, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Asimismo, que reside en las autoridades locales la potestad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la población local, y valorar si los actos que realizan esas autoridades afectan el bienestar perseguido. Como consecuencia, corresponde a los jueces locales intervenir en las causas que versan sobre aspectos propios de la jurisdicción provincial (525).

Similar temperamento adoptó la Corte en el caso "*González c. Felice*" (526), al disponer que las cuestiones ambientales que se presentan en las provincias deben ser resueltas por los jueces locales en la medida que, para resolverlas, corresponda analizar cuestiones de derecho público provincial y sin perjuicio del control que podrá efectuar el Alto Tribunal por vía del recurso extraordinario federal.

Por su parte, la Cámara Federal de San Martín, entendió que correspondía confirmar el auto que ordenó la clausura preventiva de una empresa si se había acreditado el desarrollo de actividades riesgosas para el medio ambiente y que, en el caso concreto, la causa debía tramitar ante el juez federal. Esto obedecía a que las autoridades provinciales estaban habilitadas para aplicar sanciones administrativas, pero en materia penal, resultaba competente el juez federal para investigar la posible infracción penal a la ley 24.051 de residuos peligrosos (527).

---

(525) Fallos CS 318:992.

(526) Sentencia del 3 de mayo de 2005; DJ, 31 de agosto de 2005.

(527) Sentencia del 14 de junio de 2005 en el caso "*Metales Nicolás S.A.*".

En el caso "Acuña" (528), la Corte Suprema entendió que era competencia de la justicia local el conocimiento de una causa en la que se investigaba la contaminación en las napas de agua, presuntamente producidas por la colocación de un sistema de eliminación de efluentes cloacales, si no se advierte que su entendimiento corresponda a la justicia federal por aplicación de la ley de residuos peligrosos. En el caso, no se había acreditado que las descargas pudieran afectar a las personas o al ambiente fuera del límite de la provincia de Buenos Aires y que, sólo si se probaba que esos efectos se extendían a otras provincias cabía sostener la competencia de los jueces federales.

### 191. SUJETO ACTIVO

El derecho a disfrutar de un ambiente sano y equilibrado es un atributo que el art. 41 de la Constitución confiere a todos los habitantes del país, debido a su carácter social. No es un derecho reconocido al individuo en particular, sino a la sociedad que integra.

Conforme a la interpretación sistemática que debe prevalecer sobre la de tipo literal en materia constitucional, el ejercicio de las acciones judiciales derivadas de una violación del derecho ambiental está condicionado al cumplimiento de los requisitos generales establecidos para la viabilidad de aquellas: petición de parte directamente interesada, lesión de un derecho subjetivo que revela la existencia de un interés legítimo e inexistencia de una cuestión política.

El art. 43 de la Ley Fundamental, con referencia a la acción de amparo, dispone que ella podrá ser ejercida, en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, por tres categorías de sujetos: los particulares afectados, el defensor del pueblo y las asociaciones constituidas para la defensa de aquellos derechos, siempre que su organización y registro se adecuen a la legislación reglamentaria.

Si bien esta disposición se refiere solamente a una especie de acción procesal, que es el amparo, corresponde extender su aplicabilidad a toda acción judicial que tenga por objeto concretar la defensa de los derechos enunciados por el art. 41 de la Constitución.

La Cámara Civil y Comercial de Mercedes, provincia de Buenos Aires, resolvió que es procedente la acción de amparo promovida por un vecino para que cese la contaminación ambiental, que afecta

---

(528) Sentencia del 7 de junio de 2005, con cita de Fallos CS 325:269 (LA LEY, 27 de octubre de 2005).

a su comuna, producida por los desechos de la red cloacal domiciliar que son vertidos, sin tratamiento previo, en un río aledaño y canales pluviales. Pese a que el accionante no había acreditado lesiones actuales a su integridad psicofísica, la acción era viable porque existía un riesgo cierto y actual en la producción de ese daño, que también afectaría a los restantes vecinos y a las generaciones futuras. Esa condición de vecino de la comuna afectada le otorgaba legitimación activa para promover la acción de amparo, correspondiendo a los jueces desplegar técnicas preventivas para neutralizar o aminorar el riesgo en sus efectos lesivos para el medio ambiente (529).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, entendió que no corresponde el trámite de la acción de amparo en la causa donde se solicita la recomposición integral de los daños colectivos ambientales causados por los demandados, cuando las medidas probatorias necesarias exigen un marco procesal más extenso. En la disidencia parcial de los jueces Vázquez, Maqueda y Zaffaroni, se destacó que la ausencia de certeza probatoria y científica no era razón suficiente para postergar la adopción de medidas cautelares consistentes en que las demandadas acrediten la contratación de un seguro por actividades riesgosas para el medio ambiente que exige el art. 22 de la ley 25.675, así como tampoco que se niegue la citación como tercero del defensor del pueblo (530).

El carácter social de aquellos derechos impide asumir la representación de la comunidad a quienes carecen de legitimación a tales efectos. Sin embargo, no existen reparos constitucionales, a pesar de su manifiesta inconveniencia, para que por ley reglamentaria se adopte la concepción de los intereses difusos o colectivos. En tal caso, y con la salvedad del amparo, la acción judicial podría ser promovida por cualquier persona.

Según el art. 41 de la Constitución, el afectado es aquella persona física o jurídica cuyos derechos subjetivos son lesionados en el caso concreto a través de un daño ocasionado al ambiente, el cual puede revestir carácter real o potencial; importar un daño personal o colectivo. Esta circunstancia le otorga el interés legítimo necesario para promover la acción procesal.

También puede ejercer la acción el defensor del pueblo y las asociaciones específicamente constituidas para defender el ambiente, que estén organizadas y registradas conforme a la legislación regla-

---

(529) LA LEY, 2004-D, 778.

(530) Sentencia del 13 de julio de 2004 en el caso "Asociación de Superficia-rios de la Patagonia c. YPF S.A."; Fallos CS 327:2967; LA LEY, 13 de octubre de 2004.

mentaria. Consideramos que la inexistencia de la ley reglamentaria no puede impedir la constitución de dichas asociaciones. En cada caso concreto corresponderá al juez interviniente verificar si el contenido de la asociación se adecua razonablemente a los propósitos constitucionales.

No existen inconvenientes para que la acción sea ejercida simultáneamente por una asociación, el defensor del pueblo y el particular afectado. Tampoco para que se presenten en la causa los "*amicus curiae*" o "*amigos del tribunal*", aunque no tendrán legitimación activa (531).

## 192. REGULACIÓN LEGAL DEL MEDIO AMBIENTE

La ley 25.675, promulgada el 27 de noviembre de 2002, constituye la Ley General del Ambiente, reglamentaria de las disposiciones pertinentes del art. 41 de la Ley Fundamental.

Contiene los presupuestos mínimos para concretar una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

En forma genérica, dispone que la política ambiental nacional debe propender a asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de los recursos naturales y culturales que conforman el ambiente: mejorar la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras; fomentar la participación social en la adopción de decisiones; promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales; mantener el equilibrio, en un proceso dinámico, de los sistemas ecológicos; conservar la diversidad biológica; prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas puedan generar sobre el ambiente; fomentar valores y conductas sociales que permitan el desarrollo sustentable; asegurar el libre acceso de la población a la información ambiental; establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional para implementar políticas ambientales en el orden nacional y regional; reducir los riesgos ambientales (art. 2°).

Esta ley, que es de orden público, sirve de fundamento para la interpretación y aplicación de la legislación específica (art. 3°), rigiendo en todo el territorio del país.

---

(531) Acordada de la Corte Suprema de Justicia 28/2004; Fallos CS 327:2997.

La aplicación de la ley corresponde a los tribunales ordinarios, nacionales o provinciales, según corresponda por el territorio, la materia o las personas. Pero, cuando los actos u omisiones provoquen una efectiva degradación o contaminación de los recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será de los jueces federales (art. 7°).

Toda obra o actividad que en el territorio nacional sea susceptible de degradar el ambiente, sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población de manera significativa, queda sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental antes de su ejecución. Asimismo, la autoridad de aplicación debe disponer la presentación de un estudio de impacto ambiental, realizar la evaluación correspondiente y emitir una declaración de impacto ambiental, aprobando o rechazando los estudios presentados (arts. 11 a 13). Las normas reglamentarias provinciales, imponen para el desarrollo de ciertas actividades potencialmente riesgosas para la preservación de un medio ambiente sano, la presentación de informes de ese tipo y la intervención de organismos especializados.

La ley le otorga relevante importancia a la educación ambiental. Establece que esa educación es fundamental para generar en la población los valores y conductas que sean acordes con un ambiente equilibrado, que propendan a la preservación de los recursos naturales y mejoren la calidad de vida de aquella (arts. 14 y 15).

Las autoridades deben institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas, como medidas previas para la autorización de aquellas actividades que pueden acarrear efectos significativamente negativos para el ambiente (arts. 19 a 21). Tales procedimientos son usuales en los emprendimientos destinados a la explotación minera.

Con un enfoque preventivo, la ley impone, a toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, la constitución de un seguro de cobertura con protección suficiente, en principio, para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que se pudiera producir (art. 22).

La ley define como daño ambiental a toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos (art. 27).

El autor del daño ambiental está obligado a restablecer el estado anterior a su producción. De no ser posible, deberá abonar la indemnización sustitutiva que determine el juez interviniente que integrará el Fondo de Compensación Ambiental (art. 28).

La producción de un daño ambiental determina la presunción de culpabilidad de su autor, aunque no exista una infracción a las normas ambientales administrativas. La exención de responsabilidad solamente es aceptable si se acredita la previa adopción diligente de las medidas conducentes a evitar el daño, o si éste se produjo por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no asume responsabilidad el autor (art. 29).

Si se produce el daño ambiental colectivo, están legitimados para obtener la recomposición del ambiente el Defensor del Pueblo, el afectado, las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental y el Estado nacional, provincial o municipal, quienes, a igual que la persona directamente damnificada, también podrán reclamar la indemnización correspondiente. La promoción de la acción por daño ambiental realizada por alguno de los titulares, impide a los restantes deducir demanda por el mismo hecho, sin perjuicio de solicitar su intervención en el proceso como terceros (art. 30).

Si en la comisión del daño ambiental colectivo participan varias personas, o si no es posible establecer la medida del daño ocasionado por cada responsable, todos serán solidariamente responsables a los fines de la reparación, sin perjuicio del derecho de repetición entre ellos. Cuando el daño lo producen personas jurídicas, la responsabilidad se extenderá a sus autoridades y profesionales en la medida de su participación. En cualquier momento se podrán dictar medidas precautorias, inclusive de oficio por el juez interviniente (art. 31).

Los dictámenes que emitan los organismos estatales sobre daño ambiental, tienen la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes para impugnarlos. Las sentencias que se dicten tendrán efectos erga omnes, salvo si son rechazadas, ya sea en forma total o parcial, por cuestiones probatorias (art. 33).

La ley crea el Fondo de Compensación Ambiental, administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción, cuyo objeto es el de garantizar la calidad ambiental, prevenir y mitigar los efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, atender emergencias ambientales, proteger y compensar los sistemas ecológicos y el ambiente (art. 34). En cuanto a la administración, integración, composición y destino del fondo, deben ser precisados por una ley especial.

### 193. RESIDUOS PELIGROSOS Y RADIOACTIVOS

La cláusula final del art. 41 prohíbe el ingreso al país de residuos actual, o potencialmente, peligrosos para preservar un ambiente



sano y equilibrado, y de los residuos radioactivos. Se trata de la aplicación del Convenio de Basilea, celebrado el 22 de marzo de 1989 y que entró en vigencia el 5 de mayo de 1992.

Este convenio, ratificado por la Argentina, tiene por objeto prevenir el tráfico ilegal de desechos nocivos para la salud del hombre. Establece que la generación de desechos peligrosos debe ser reducida al mínimo y que ellos deben eliminarse en el lugar más próximo posible al sitio donde se generan; que los Estados tienen derecho a prohibir la importación de desechos peligrosos, tal como lo dispone el art. 41 de la Ley Fundamental; que ningún Estado permitirá la exportación o importación de desechos peligrosos, a menos que se realice de conformidad con los acuerdos internacionales cuyas normas ambientales deben ser más exigentes y rigurosas que las del Convenio de Basilea; que el tráfico ilegal de desechos peligrosos es un acto criminal que debe ser penalmente sancionado por los Estados; que el Estado responsable de un movimiento ilegal de desechos peligrosos tiene la obligación de asegurar su eliminación de manera ambientalmente racional; que los desechos peligrosos sujetos a traslados internacionales deben ser embalados, etiquetados y transportados conforme con las reglas internacionalmente admitidas.

La eficacia de esta Convención, como de otras similares, depende de la instrumentación y ejecución de políticas que generen una cooperación internacional efectiva y creciente para ayudar a los países a disminuir la producción de tales desechos y su tratamiento en forma ambientalmente racional (532).

Con referencia a los residuos peligrosos, que son aquellos que pueden causar, directa o indirectamente, un daño a las personas y a los seres vivos, o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente general, están regulados por la ley 25.612 que derogó, parcialmente, a la ley 24.051.

El objeto de esa ley y de sus reglamentaciones apunta a minimizar los riesgos potenciales de los residuos; reducir la cantidad de los residuos peligrosos; fomentar el uso y transferencia de tecnologías para la preservación ambiental y el desarrollo sustentable y promover la cesación de los vertidos riesgosos para el ambiente. Asimismo, prohíbe la introducción, importación y transporte de residuos provenientes de otros países con excepción de aquellos previstos

---

(532) IWONA RUMMEL-BULSKA, *El Convenio de Basilea y los desechos peligrosos*, p. 59, Revista de Política y Derecho Ambientales N° 1, Fundación ARN, Buenos Aires 1994.

por la autoridad de aplicación siempre que, los interesados, acrediten que serán utilizados como insumos de procesos industriales.

La ley fija los presupuestos mínimos de protección ambiental sobre la gestión integral de residuos de origen industrial y de actividades de servicio. Proceso industrial es toda actividad u operación de conservación, reparación o transformación de una materia prima para la obtención de un producto final mediante métodos industriales. Actividad de servicio es aquella que complementa a la industria (art. 1°).

Residuo industrial es toda sustancia sólida, líquida o gaseosa obtenida en un proceso industrial. Gestión integral de residuos industriales y actividades de servicio es el conjunto de actos interdependientes y complementarios que abarcan la generación, manejo, almacenamiento, transporte, tratamiento o disposición final de los mismos (arts. 2° y 3°).

El art. 40 dispone que, salvo prueba en contrario, todo residuo definido conforme a los alcances del art. 2°, es una cosa riesgosa en los términos del art. 1.113 del Código Civil. Sin embargo, corresponde tener en cuenta, lo cual no siempre ha sido debidamente ponderado por el legislador, la distinción entre residuos tóxicos o peligrosos degradables de los que no lo son. Los primeros, aunque generen cierto grado de contaminación, están destinados a perder ese carácter por obra de la naturaleza en un proceso de reciclado. Los segundos no quedan sujetos a ese proceso natural, como acontece con ciertos elementos producidos por la industria petroquímica. Debido a esa circunstancia, no resulta razonable que ambas categorías reciban igual tratamiento legal (533).

La ley excluye de su normativa a los residuos biopatogénicos, domiciliarios, radioactivos y los derivados de las operaciones normales de los buques y aeronaves. Tales residuos quedan sujetos a las normas específicas que los regulen.

En cuanto a los residuos radioactivos, los progresos tecnológicos alcanzados han reducido sustancialmente su peligrosidad natural. Probablemente, el creciente uso de elementos radioactivos para satisfacer complejas necesidades humanas determinará que en los próximos años se anulen los riesgos que acarrearán sus residuos. De modo que las leyes reglamentarias deberán tener en cuenta ese dinamismo tecnológico y, superando cierta imprevisión de los consti-

---

(533) DINO BELLORIO CLABOT, *Tratado de Derecho Ambiental*, p. 536, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 1999.

tuyentes, contemplar esa posibilidad apartándose de una lectura literal del texto de la Constitución.

Esa interpretación literal debe ser desecheda por cuanto, la finalidad de la norma constitucional, consiste en que el territorio del país no sea una especie de basurero nuclear. En tal sentido, no cabe considerar como residuos de esa especie a aquellos elementos que, siendo radioactivos, ingresan al país para su acondicionamiento y, después de ser reciclados, se exportan junto con los desechos radioactivos que puedan resultar de esa operación, y siempre que el procesamiento presente un grado de seguridad tal que disipe riesgos serios y ciertos en perjuicio de un medio ambiente sano.

#### 194. DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Así como el art. 41 de la Ley Fundamental, mediante una cláusula esencialmente programática, pretende tutelar el medio ambiente, el art. 42 se ocupa de la defensa de los consumidores y usuarios para proteger su salud, seguridad e intereses económicos; disfrutar de una información adecuada y veraz y gozar de la libertad de elección y a condiciones de trato digno y equitativo.

Esta norma, a igual que la anterior, estaba implícitamente prevista en el art. 33 de la Constitución. Su fuente son los arts. 51 y 52 de la Constitución española de 1978.

La libertad de empresa y de iniciativa económica protegidas por el art. 14 de la Constitución conducen necesariamente a una economía libre y competitiva, en la cual es indiscutible el derecho que tienen los consumidores de bienes y usuarios de servicios para organizarse en defensa de sus libertades.

Pero las facultades que se les otorgan a los consumidores y usuarios, ya sea a título individual o a las organizaciones que los congreguen, en modo alguno significan una participación de ellas ni un control sobre el proceso productivo de los bienes o generador de los servicios, sino sobre su resultado y la forma en que son ofrecidos al público consumidor.

El art. 42 establece:

*“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 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”.*

Al margen de las acciones que puedan desarrollar los particulares y las asociaciones que los agrupan, el Estado tiene el deber de protegerlos proveyendo a las siguientes medidas:

1. Educación para el consumo.
2. Prevenir y evitar toda forma de distorsión de los mercados.
3. Controlar los monopolios naturales y legales.
4. Promover la calidad y eficiencia de los servicios públicos.
5. Proveer a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios.

Con respecto a este aspecto final, cabe destacar que en el curso de los últimos años se han constituido varias agrupaciones destinadas a defender a los consumidores y usuarios. Han cumplido y cumplen su misión con sugestiva eficiencia sin que fuera necesaria intervención o colaboración alguna del Estado. Menos aún una regulación de tales entidades. Esta realidad deberá ser debidamente valorada por el legislador evitando que la inserción del Estado en emprendimientos privados conduzca, como acontece con sugestiva frecuencia, a la desnaturalización de los objetivos constitucionales y a la creación de gravosos e ineficientes monopolios burocráticos.

## **195. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Como los derechos que enuncia el art. 42 de la Constitución ya estaban reconocidos en su texto antes de la reforma de 1994, el Congreso nacional no tuvo inconvenientes en sancionar, el 22 de septiembre de 1993, la ley 24.240 de defensa del consumidor, que fue luego reformada por las leyes 24.787 y 24.999, sancionadas en 1997 y 1998, respectivamente.

La ley establece que son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso, para su consumo o de su grupo familiar o social, la adquisición o locación de bienes muebles, la prestación de servicios o la adquisición de inmuebles destinados a vivienda (art. 1º). Asimismo, los proveedores de cosas o servicios para los consumidores o usuarios quedan sujetos a las obligaciones que prevé la ley, debiendo brindar una información cierta, objetiva, detallada y eficaz sobre las cosas o servicios que ofrezcan (arts. 2º y 4º).

En los convenios que celebren los consumidores o usuarios no tendrán validez las cláusulas que desnaturalicen o limiten la responsabilidad por daños de los proveedores, las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor y las que impongan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Todas las cláusulas contractuales, así como también las disposiciones de la ley, deberán ser interpretadas en el sentido más favorable para el consumidor (arts. 3º y 37).

La ley determina las condiciones que debe presentar la oferta dirigida a los consumidores indeterminados, la publicidad y el estado de las cosas ofrecidas, así como también el contenido del documento de venta. El incumplimiento de la oferta o del contrato de venta por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor para exigir el cumplimiento si fuera posible; a aceptar otro producto o servicio equivalente; a rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado; y en todos los casos, a demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados (arts. 7º a 10 bis).

Tratándose de empresas de servicios públicos domiciliarios, se presume que existe un error en la facturación cuando ellas excedan en un 75% el promedio de los consumos estacionales correspondientes a los dos años anteriores. Si son servicios no estacionales, el punto de referencia es el consumo promedio de los doce meses anteriores. De producirse el exceso, y si no se prueba la inexistencia de un error en la facturación, el usuario sólo deberá pagar el valor del consumo promedio. Para ejercer este derecho, el usuario deberá formular su reclamo hasta quince días después del vencimiento de la factura (art. 31).

El art. 40 establece que los daños al consumidor resultantes del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, determinan la responsabilidad solidaria del productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor y del transportista si el daño obedeció a la prestación de este último servicio.

La autoridad nacional de aplicación de la ley es la Secretaría de Industria y Comercio mientras que, en las provincias, corresponde a las autoridades locales velar por su aplicación dictando las normas reglamentarias respecto a los hechos sometidos a su jurisdicción, sin perjuicio de la intervención concurrente de la autoridad nacional en la vigilancia, contralor y juzgamiento de la aplicación de la ley (arts. 41 y 42).

El incumplimiento de las disposiciones de la ley genera actuaciones administrativas ante la autoridad de aplicación que está facultada para aplicar sanciones de apercibimiento, decomiso, clausura de hasta 30 días, suspensión de hasta 5 años en los registros de proveedores del Estado y la cancelación de las concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales otorgados a los proveedores (arts. 45 a 47).

La Cámara Nacional en lo Penal Económico, sala A, tiene resuelto que se viola la lealtad comercial, y por ende los derechos del consumidor cuando en la publicidad de sus productos una empresa denuncia sus precios anteponiendo la preposición "desde" y omitiendo indicar el precio total de contado que debía abonar el consumidor. Sostuvo que las regulaciones de la actividad publicitaria responden a la necesidad de brindar una información adecuada y veraz a los consumidores tal como lo impone el art. 42 de la Constitución. Añadió que *"El derecho a una información veraz es uno de los pilares fundamentales en los que descansa toda relación de consumo saludable, pues sólo garantizando la debida observancia de esta prerrogativa, el consumidor estará en posición de contar con los datos necesarios para poder evaluar, de acuerdo a su natural aptitud, el costo de oportunidad que reporta la adquisición de tal o cual producto o la contratación de determinado servicio, sin estar sujeto más que a la suerte de haber hecho una buena elección, garantizándose, de esta forma, la debida protección de sus intereses económicos"*. Si bien la resolución judicial presenta un matiz paternalista que sólo se justificaría si la publicidad resultara viable para inducir al error a un individuo diligente, la Cámara expresó que, *"Tanto la falta total de información, como una información dada en forma parcial, contradictoria o engañosa, son todas variantes idóneas para inducir a error a los potenciales interesados en consumir determinado producto o utilizar cierto servicio"* (534).

Poco después, la sala B de ese Tribunal consideró que se violaban los derechos del consumidor, incurriendo en una práctica desleal, si

---

(534) Sentencia del 16 de febrero de 2005 en la causa "Frávega S.A." (Jurisprudencia Argentina, 4 de mayo de 2005).

al ofrecer un servicio de internet se consigna el precio y el impuesto al valor agregado sin especificar el monto de este último. Expresó: *“en la publicidad cuestionada no se consignó el precio al contado en dinero efectivo, por lo cual el consumidor final debería realizar un cálculo para determinarla”* que es, precisamente, lo que quiere evitar la normativa que tutela al consumidor (535).

Sin perjuicio de las actuaciones administrativas, los consumidores pueden iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. Tales acciones también podrán ser ejercidas por las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, por la autoridad de aplicación y por el ministerio público (arts. 52 y 53).

Las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas pueden actuar en el marco de la ley previa autorización de la autoridad de aplicación. Sus funciones son las de velar por el cumplimiento de las normas dictadas para proteger a los consumidores, proponer reformas a la legislación, colaborar con los organismos oficiales o privados para la mejor defensa de los consumidores, recibir reclamos de los consumidores y promover soluciones a ellos, asesorar y educar al consumidor y realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor. Inclusive, están legitimadas para promover acciones cuando resulten objetivamente afectados o amenazados los intereses de los consumidores, sin perjuicio de asumir la representación de un consumidor en particular cuando el mismo la requiera (arts. 55 a 58).

Pese a ser anterior a la reforma constitucional de 1994, y como su contenido se adecuaba a las prescripciones del art. 42 de la Constitución, la ley 24.240 sin las reformas incorporadas por las leyes 24.787 y 24.999, tuvo plena vigencia a igual que la ley 22.802, sancionada el 5 de mayo de 1983, sobre lealtad comercial. Las objeciones constitucionales que les formularon a tales normas no fueron aceptadas porque su validez, al margen de resultar de una interpretación razonable del art. 33 de la Constitución, también emanaba de una interpretación finalista, sistemática y dinámica de su texto. Tal circunstancia revela que, al menos en este punto, la reforma constitucional de 1994 fue innecesaria y sólo fue idónea para engrosar el contenido de la Ley Fundamental.

Tales leyes, con anterioridad a la reforma, fueron sancionadas con el propósito de asegurar la seriedad y equidad de ciertas tran-

---

(535) Sentencia del 24 de febrero de 2006, en autos *“Telecom Argentina”*. LA LEY, 24 de abril de 2006.

sacciones civiles y comerciales, dispensando una mayor protección para el contratante que se encuentra en una posición desventajosa. En modo alguno pretendían alterar la libertad comercial o el equilibrio contractual, sino de asegurarlo desarticulando las prácticas abusivas y desprovistas de la buena fe que debe imperar en ese tipo de transacciones. De manera que, poco o nada, agregó la inserción del art. 42. Ni siquiera respecto del funcionamiento de las asociaciones constituidas en defensa de los consumidores y usuarios que, con singular solidez y espontáneamente, comenzaron a manifestarse en la década del 70 del siglo XX.



## CAPÍTULO VII

# LIBERTAD DE EXPRESIÓN

### 196. EL PENSAMIENTO

El pensamiento es la actividad intelectual del ser humano consistente en el ejercicio de la facultad del espíritu que le permite concebir, percibir, razonar, deducir o inferir conclusiones para arribar, consciente o inconscientemente, al conocimiento de un objeto material o inmaterial determinado.

Se trata de un acto creativo de la inteligencia humana, esencialmente individual, que no coincide necesariamente con cualquier tipo de tarea intelectual. La labor rutinaria de la actividad intelectual desprovista de la más mínima reflexión, que no forja conclusiones, carece de aptitud para ser concebida como acto del pensamiento idóneo para arribar al conocimiento. Leer un libro, observar un objeto o sumar diversas cifras en forma rutinaria y desprovista de la más mínima reflexión o asociación, son actividades intelectuales pero no configuran actos de pensamiento. Carecen de esa cualidad porque la actividad humana está desprovista del objeto a que apunta el pensamiento, que es la aprehensión de lo cognoscible.

El pensamiento presupone la exteriorización de un problema o de una inquietud, frente al cual se desarrolla una actividad intelectual en búsqueda de una solución o comprensión determinados. Requiere de una motivación que desencadene las fuerzas intelectuales del hombre traducidas en procesos de orientación, comprobación, deliberación, formulación de hipótesis y conclusiones, por más rudimentarias y absurdas que ellas sean. Procesos que se pueden presentar racionalmente o en forma mecánica.

La línea del pensamiento individual está determinada por infinidad de factores internos y externos, de valores y significados, de datos subconscientes y conscientes. Tales factores, cuya dinámica se manifiesta como reacción frente a un problema, culminan en una solución o conclusión individual a la cual se denomina opinión.

La opinión es un concepto, una idea que concibe o formula el entendimiento, impregnada de valor subjetivo y referente a una cuestión determinada. Es un concepto definitorio conocido y expresado por el sujeto en su fuero íntimo; una idea que no configura necesariamente un juicio racional.

Un juicio presupone una operación compleja del entendimiento consistente en comparar dos ideas, dos conceptos, o una idea con un concepto, para obtener una conclusión racional que nos permita distinguir los valores, el bien del mal, lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente, lo útil de lo inútil. Pero, para que se forje una opinión, no es necesario que ella sea el resultado de un verdadero juicio. No es necesario efectuar una comparación entre diversos valores porque, en virtud de la influencia que ejercen los factores emotivos e irracionales en la formulación de las ideas, con frecuencia se formulan opiniones sin determinar, de manera previa y racional, la exactitud del concepto que se expresa.

Cuando las opiniones se manifiestan a través de actitudes, generalmente configuran conceptos y no juicios. Asimismo, cuando los individuos se adhieren a las opiniones formuladas por un líder y las adoptan como propias, expresan conceptos y no juicios porque, la operación racional no recaerá sobre el contenido de la opinión sino sobre la persona del líder y, por añadidura, sobre el pensamiento que exterioriza.

Si bien, muchas veces, las opiniones son conceptos impregnados de valor que se expresan sobre cuestiones determinadas, debemos admitir que, también muchas veces, esas opiniones alcanzan la categoría de juicios como conclusión del análisis comparativo de diversos conceptos. En la medida que la opinión tenga un fundamento racional será un juicio, pero en la medida que esté basado sobre elementos emotivos e irracionales será un concepto y no un juicio, ya sea de valor o de conocimiento.

Las opiniones consisten en conceptos que, eventualmente, pueden alcanzar la categoría de juicios. Su expresión puede ser verbal, escrita o simbólica, y también mediante las actitudes, aunque su existencia no está condicionada a una manifestación externa.

Las opiniones son conceptos o juicios pero no actitudes (536). Una actitud importa necesariamente —tal es el significado del voca-

---

(536) Para Fayt, la opinión es siempre una actitud y un juicio (CARLOS S. FAYT, *Teoría de la Política*, p. 250, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1966).

blo— una conducta externa de carácter físico con la cual se adopta una postura frente a un problema determinado. Una actitud se expresa en la acción externa y esa acción no es indispensable para que exista la opinión.

Si bien la opinión no acarrea necesariamente una actitud, en cambio toda actitud se fundamenta sobre una opinión. Ello es así, por cuanto no hay actitud que no sea precedida por una opinión, porque aquella es simplemente una de las vías mediante las cuales se pretende hacer pública la opinión.

Una opinión es la resultante de la presión ejercida sobre el individuo por elementos racionales e irracionales, que puede o no expresarse a través de una acción, sin que ésta constituya un recaudo necesario para que nos hallemos en presencia de una opinión. La opinión puede existir con prescindencia de su exteriorización.

El ser humano, como unidad corporal y espiritual indivisible, encuentra en el pensamiento a la herramienta que lo eleva por encima de los objetos materiales, proyectándolo hacia un universo infinito donde todo tipo de creación intelectual es previsible.

Ese instrumento consiste en una actividad intelectual interna con la cual se procura alcanzar el conocimiento. Actividad cuyo acicate puede residir en la curiosidad, en la necesidad o ser fruto del azar. El conocimiento siempre presupone el pensamiento. No es posible conocer sin pensar previamente. En tal sentido, hasta las intuiciones propias del idealismo, y la experiencia mecanicista del empirismo, con las cuales se puede acceder al conocimiento, son frutos del pensamiento. Porque, el conocimiento, no es innato sino siempre consecuencia del acto de pensar.

En definitiva, el pensamiento configura la característica esencial que distingue y dignifica al hombre permitiendo que, de manera racional o irracional, pueda esbozar los procedimientos convenientes para satisfacer sus innumerables necesidades, su afán de conocer, superar los inconvenientes y destruir las trabas que se oponen a su desenvolvimiento encaminado hacia un progreso sin límites.

El pensamiento, que se produce en el ámbito más íntimo del hombre, es esencialmente libre. No hay ley humana ni procedimiento técnico que impida su conformación en plena libertad, siendo inútil todo esfuerzo encaminado en un sentido contrario que pretenda privarlo de esa cualidad. Se podrá influir sobre el contenido del pensamiento o sobre su proceso formativo respecto de cuestiones determinadas, pero no se podrá evitar que el hombre piense. Se podrá restringir la exteriorización del pensamiento o imponer cierto tipo

de requisitos para la manifestación social de la actividad intelectual del hombre, pero no se podrá evitar que, en lo más íntimo de su ser, subsista incólume la libertad de pensar.

Es que el pensamiento constituye un don divino que coloca al ser humano por encima de las bestias; que le permite elegir entre diversas alternativas optando, inclusive, por aquella que no coincida con su pensamiento; le permite distinguir entre el bien y el mal; discernir entre lo conveniente y lo inconveniente; y despojar a los hombres de semejante atributo resulta una empresa de concreción imposible, ya que sería privarlos de la esencia que los caracteriza y distingue de los restantes seres vivientes (537). Si algún día, el desarrollo científico y tecnológico permite anular o impedir el curso natural del pensamiento humano, ya no habrá hombres sino autómatas desprovistos de toda personalidad.

### 197. EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO

Apartándonos del análisis sobre las diversas concepciones filosóficas que precisan la naturaleza y fundamentación de la libertad, en la práctica resulta totalmente imposible imaginar al hombre en un mundo donde estuviera completamente aislado y reducido a sus propias fuerzas físicas. Semejante situación resulta inconcebible como consecuencia de la naturaleza del ser humano que, además de vivir corporalmente, necesita convivir espiritualmente mediante la libre transmisión de su pensamiento (538).

Para el ser humano, la libertad de pensamiento resulta insuficiente en el ámbito de su vida espiritual interna. Debido a su naturaleza social necesita, además de pensar, poder comunicar su pensamiento a otros y conocer el contenido del pensamiento de las personas con las cuales convive en el marco de las innumerables comunidades y sociedades que integra.

El ser humano es un animal que piensa, y sus vivencias se complementan al entrar en comunicación con quienes lo rodean, me-

---

(537) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. IV, p. 386, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires 1977/1988.

(538) Relacionando la libertad con el pensamiento y la acción, en el *Libro de los Castigos* el Rey Don Sancho establecía: "Cierito que una de las principales razones por que nuestro Sennor Dios crió el mundo fue por haber razón de criar el home, que es más noble criatura que ha so el cielo et aun algunos tienen que es más noble que las criaturas celestiales. Mas es cierto que la razón por que el home es más noble criatura, es porque el home es compuesto del alma et del cuerpo, et ha de entendimiento et razón, et ha libre albedrío para poder facer bien o mal".

diante la recíproca manifestación externa de sus conceptos, ideas y razonamientos. Quien sólo se habla a sí mismo, desconociendo un imperativo de la naturaleza humana, es un desequilibrado porque no participa plenamente en la vida de la humanidad (539) ni cumple con su destino social.

El ser humano necesita comunicar su pensamiento, y así como el pensamiento es esencialmente libre, su exteriorización libre es una secuela inevitable. Claro está, que la expresión del pensamiento puede ser objeto de restricciones directas o indirectas. Pero, si no hay libertad para expresar el pensamiento, se estará transgrediendo uno de los valores fundamentales del ser humano que, por imposición de su naturaleza, siempre estará dispuesto a defender.

Bien se ha dicho que *"En la lucha eterna del hombre a través de los siglos para la conquista o la reconquista de la libertad, la pluma y luego la imprenta ocupan un lugar sin duda tanto o más importante que la espada. Cientos de imprentas clausuradas o destruidas marcan otros tantos brillantes jalones en la incesante lucha del hombre por salir de las tinieblas de la ignorancia y la esclavitud bajo regímenes autocráticos que temen más a la imprenta que a la más mortífera de las armas"* (540).

La natural necesidad de convivencia y comunicación que impregna al ser humano revela que la libertad de pensamiento y la libertad de expresión son conceptos indivisibles. Si por imposición de su naturaleza el hombre tiene libertad para pensar, ese atributo no le ha sido conferido para que permanezca oculto en su fuero íntimo, sino para que lo pueda exteriorizar en plenitud y de la manera que considere más conveniente u oportuna.

La libertad de pensamiento y la libertad de expresión no son, a igual que las restantes libertades del hombre, elementos aislados cuya ponderación pueda efectuarse solamente en una zona específica de la vida social. Ellas abarcan todo su conjunto y se proyectan, especialmente, en el sistema político de la sociedad al condicionar la efectiva vigencia de las demás libertades, tanto las de carácter natural como las que emanan de la creación positiva. Si a los hombres no se les reconoce, por el poder político, la facultad de comunicar libremente sus pensamientos, la subsistencia de sus restantes libertades carecerá de un fundamento sólido en la medida en que aquella liber-

---

(539) FRANK K. KELLY, *La libertad y sus garantías*, p. 44, Fabril Editora, Buenos Aires 1968.

(540) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. IV, p. 408, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires 1977/1988.

dad estratégica constituye el factor desencadenante que impulsa todo tipo de actividad humana.

La expresión del pensamiento puede ser concebida como un fin en sí misma, o como un medio para el logro de ciertos objetivos. En el primer caso, su ejercicio apunta, básicamente, aunque no necesariamente en forma exclusiva, a satisfacer el derecho de informar del sujeto activo. También puede obedecer al propósito de colmar el derecho a la información del sujeto pasivo. En esta hipótesis, la expresión del pensamiento se puede realizar mediante una comunicación directa entre los sujetos activo y pasivo, o a través de un medio técnico de comunicación social masiva.

Cuando se acude a tales instrumentos, nos enfrentamos a una especie de la libertad de expresión, que es la libertad de prensa o, si se quiere, la libertad de expresión a través de los medios técnicos de comunicación social masiva.

La relevante importancia adquirida por los medios técnicos de comunicación social en modo alguno significa que, la libertad de expresión, esté desprovista de tutela cuando se concreta lícitamente por otras vías. Así, la Suprema Corte de los Estados Unidos, al resolver el caso "*Texas v. Johnson*" (541), aceptó que, la libertad de expresión, puede manifestarse a través de actitudes.

Durante una manifestación política, de la cual participaron más de un centenar de personas, se alzaron voces de protesta contra la postulación de Ronald Reagan a la presidencia de los Estados Unidos por la Convención del Partido Republicano. En el curso de esa protesta, las críticas también recaían sobre una presunta disposición, del Partido Republicano, a propiciar la guerra nuclear. Los manifestantes, además de expresar consignas de repudio, acudieron a las vías de hecho provocando desmanes menores y, uno de sus participantes, Johnson, prendió fuego a la bandera de los Estados Unidos. En primera instancia, fue condenado penalmente por profanar un símbolo nacional y por quebrantar la paz pública aunque, en segunda instancia, fue absuelto.

El Estado de Texas recurrió ante la Suprema Corte que, el 21 de junio de 1989, dictó una de sus sentencias más controvertidas al confirmar la absolución de Johnson. En el voto de la mayoría, expuesto por el juez William Joseph Brennan, se destacó que la actitud de Johnson no había sido idónea para perturbar la paz. Su actitud exteriorizaba una idea política que, como tal, estaba amparada por la Enmienda I de la Constitución sin que el Estado pueda reprimirla

---

(541) 491 U.S. 397 de 1989.

porque la considere ofensiva o desagradable. Añadió que, la manera más apropiada para defender el valor simbólico de la bandera, no consistía en castigar a quienes le faltaban el respeto, sino en demostrarles que estaban equivocados: *"No preservamos a la bandera castigando a quienes la ofenden, porque en ese caso estaremos vulnerando la libertad que ella representa"*.

Como consecuencia de este pronunciamiento, el Congreso sancionó una ley penalizando el hecho de quemar la bandera, con prescindencia de que fuera ofensivo para las personas presentes y que pudiera generar una reacción violenta en perjuicio del orden público. Pero, en 1990, la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de esa ley al decidir el caso *"United States v. Eichman"* (542). Brennan sostuvo que la ley pretendía reprimir la expresión de la crítica y que si bien *"estamos conscientes que la profanación de la bandera ofende profundamente a muchas personas... castigar la profanación de la bandera diluye esa misma libertad que hace este emblema tan venerado y tan digno de veneración"*.

Con frecuencia, la expresión del pensamiento constituye el ejercicio de una potestad destinada a la concreción de otros objetivos primarios que han sido predeterminados por el sujeto activo. Tal es lo que acontece cuando se aspira a ejercer ciertas libertades humanas utilizando como herramienta a la libertad de expresión.

En cierto modo, el ejercicio de tales libertades siempre se canaliza a través de la libertad de expresión. Cuando formulamos una petición, profesamos un culto, impartimos una orden, ejercemos el derecho de enseñar, suscribimos un contrato, nos asociamos a una entidad, fijamos nuestro domicilio o decidimos trasladarnos de un lugar a otro, al margen de desplegar cierta actividad física, estaremos ejerciendo la libertad de expresión. Mediante la manifestación de nuestro pensamiento y de la decisión adoptada en su consecuencia, concretamos el ejercicio de esas libertades. En tales casos, la libertad de expresión es la vía a la cual debemos acudir necesariamente para el logro del objetivo que nos propusimos.

Es aquí donde se percibe el carácter global que reviste la libertad de expresión y, en cierto modo, la relación de dependencia que se forja con las restantes libertades humanas. Asimismo, esa particularidad de la libertad de expresión nos permite calificarla como una libertad estratégica porque, cuando mayores son las restricciones que se le imponen, mayores serán los límites para exteriorizar las restantes libertades humanas.

---

(542) 496 U.S. 310 de 1990.

La expresión del pensamiento a través de la palabra oral o escrita, mediante imágenes, símbolos o actitudes, refleja un anhelo intenso de participación social que enriquece al individuo y al grupo social. Pero, si por obra de la coacción, fruto de la perversión del poder, se restringe o prohíbe la manifestación del pensamiento, no solamente se coarta el desenvolvimiento individual sino que, y ello es más grave, se entorpece el progreso de la sociedad que se encuentra inhibida de conocer, aceptar o rechazar la obra creativa de sus integrantes.

Es evidente que el reconocimiento legal de la libertad natural de expresión del pensamiento configura una de las conquistas más importantes que el ser humano obtuvo en su permanente lucha por la dignidad. Con mayor razón en un sistema democrático constitucional que presupone la coexistencia de una pluralidad de opiniones en la sociedad, de diversos conceptos, juicios e ideas que concurren a dar su contenido a las opiniones de los grupos sociales. En cambio, la uniformidad en las ideas y opiniones, fruto de las restricciones impuestas a la libertad de expresión, solamente se concibe en un sistema autoritario y paternalista, que establece la obediencia incondicional del intelecto de los hombres a la única opinión posible: la de los detentadores del poder, que asume el carácter de un verdadero dogma.

### 198. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Para expresar su pensamiento, y al margen de los medios naturales que dispone, el ser humano necesita contar con diversos elementos materiales que permitan su proyección social. La gravitación que tiene, modernamente, la libertad de expresión, es consecuencia del proceso público y masivo de comunicación alcanzado merced al desarrollo tecnológico de esos medios externos de comunicación social.

Toda descripción del curso histórico de la libertad de expresión no puede prescindir de la evolución experimentada por los medios técnicos de comunicación social. A tal punto, que la historia del hombre vinculada con la libertad de expresión equivale a la historia de los medios técnicos que utiliza a los fines de la comunicación social (543).

---

(543) En la *Historia de la Literatura Inglesa*, publicada por la Universidad de Cambridge, puede leerse que la figura literaria más importante del siglo XV no fue un autor, sino un impresor, aludiendo a Caxton, quien junto con otros artesanos de la palabra impresa abrieron al pueblo las arcas de la literatura universal.



La expresión del pensamiento se traduce en la comunicación, mediante la cual se transmiten ideas y conocimientos. Es un proceso que abarca los procedimientos y técnicas que permiten materializar el intercambio espiritual. El análisis de la libertad de expresión resulta imposible si no se consideran, simultáneamente, los medios empleados para concretar la comunicación.

En los grupos sociales primitivos el pensamiento, probablemente, se configuraba con objetos o experiencias individuales cuya concepción o recuerdo estaba determinada por los sentidos. Quizás, el desarrollo del pensamiento y de su expresión, tal como luego se manifestó en las sociedades globales primarias, tuvo su punto de partida cuando algún hombre, en la soledad y oscuridad de una caverna, o mientras vislumbraba el horizonte infinito desde lo alto de una montaña, concentró su actividad mental emitiendo un sonido identificatorio para un grupo de objetos similares. A partir de ese momento simbólico, el desenvolvimiento del pensamiento se encarriló por una nueva e interminable senda donde, originariamente, la comunicación se efectuaba mediante palabras elementales, ademanes, actitudes y ruidos, para ir, paulatinamente, buscando la perfección con el propósito de ofrecer celeridad, certeza y seguridad al proceso de la comunicación. La comunicación, limitada al simple intercambio intelectual directo entre dos personas, se extendió a los grupos sociales sustituyendo —o complementando— los medios primitivos de comunicación, por complejos procedimientos técnicos e instrumentos electrónicos cuya evolución en el futuro excede a la capacidad de asombro.

No cabe duda alguna de que la palabra impresa, particularmente en los libros, fue el primero de los medios modernos de comunicación social.

Sin embargo, junto al libro, existieron y existen otros medios de expresión que gravitaron decisivamente sobre la conformación del pluralismo. Así, tanto en Grecia como en Roma, la libertad de expresión ejercida de manera pública se manifestaba en el teatro, al cual concurrían hombres y mujeres de todas las clases sociales. Ese público expresaba su aprobación o rechazo mediante aplausos, aclamaciones, silbidos o abucheos.

La esencia del drama griego, proyectada a Roma, residía en el enfrentamiento del hombre con los dioses. En una rivalidad y en un conflicto similar, en su estructura, al que se planteaba entre los hombres en el teatro europeo del siglo XVI, y al de la lucha interna que sobrelleva el hombre en el teatro moderno.

Las tragedias de Esquilo, donde el odio y la venganza se sumían en un marco de violencia y fuerza, reflejaban las ideas y temores imperantes en su época.

La trama de las obras teatrales era variada. Se preferían, como en nuestra época, los argumentos alegres, poco profundos, impregnados de sentimiento y con finales felices. Asimismo, a igual que hoy, los personajes preferidos eran el héroe, el anciano bondadoso, el padre cruel, el adulator, el parásito, la prostituta, el rufián, la joven pobre y humillada que se transforma en una rica heredera. Los temas importantes para la vida pública o el enriquecimiento del espíritu humano, como los expuestos en las sátiras políticas refinadas de Aristófanes, tenían difusión aunque limitada al interés de un público más instruido.

La libertad de expresión tuvo especial relevancia en el discurso político. Su ejercicio en las asambleas públicas de Atenas generaba el entusiasmo de la población y su respeto por tratarse de un medio que le permitía conocer el provecho inapreciable de la libertad de pensamiento, palabra y acción. Los oradores políticos ensayaban sus discursos, haciendo residir el secreto de la oratoria en la postura, los gestos y tonalidades cambiantes en la voz. Eran auténticos centros del escenario que concentraban la atención del público, más en sus actuaciones que en sus palabras. Según Plutarco, esa admiración del hombre vulgar generaba el desprecio de las personas instruidas que calificaban a semejante estilo como humillante y poco varonil. Algo similar a la disconformidad que algunos expresan, en nuestros días, con la política editorial de un diario o con ciertas programaciones televisivas.

Hasta el siglo VII a.C., no existía en Grecia un público lector importante. Sin embargo, el paulatino incremento del interés por la lectura condujo a un período en que el arte de la escritura fue una profesión. No solamente para los autores de las obras, sino también para sus comentaristas y quienes efectuaban resúmenes de ellas, muchos de los cuales llegaron a nuestros días permitiendo conocer el contenido de las obras originales destruidas.

La difusión del libro determinó la creación de las primitivas bibliotecas privadas y públicas. De aquellas, la primera por su importancia fue la biblioteca de Aristóteles, cuya magnitud y valor no conocemos aunque debieron ser muy importantes. Entre las bibliotecas públicas merecen citarse, como las más antiguas, a las de Efeso, Cartago y Pérgamo, esta última fundada en el año 196 a.C. Pero la más célebre de ellas fue la Biblioteca de Alejandría, fundada por Ptolomeo I, que llegó a tener más de 500.000 volúmenes debido a las

medidas de fomento establecidas por Ptolomeo III, entre las cuales impuso que, todo libro traído a Alejandría, debía ser entregado a la Biblioteca para hacer una copia del mismo.

El desarrollo de la palabra escrita fue incesante desde la antigüedad. En el curso de esta evolución, los copistas tuvieron una importancia fundamental. Su labor lenta, ardua y artesanal permitió el redescubrimiento de la literatura clásica y asegurar la comunicación de las más audaces creaciones del intelecto humano. Organizados bajo la supervisión de flamantes empresarios, concentraron su labor durante los siglos XII y XIII especialmente en las ciudades europeas donde se establecían las nuevas universidades.

En este período, la censura era muy leve y, prácticamente, no se aplicaba, con la salvedad de algunas obras religiosas que contenían importantes desviaciones heréticas. El libro no había alcanzado la relevancia social que luego tuvo en el proceso de la comunicación, como para inquietar a los detentadores del poder.

Los libros, además de ser escasos y muy caros, solamente despertaban el interés de un sector social reducido por elementales razones culturales. Tal circunstancia gravitó decisivamente sobre el desarrollo de la libertad del pensamiento, particularmente en el marco de la Iglesia donde, Santo Tomás de Aquino y el cardenal Ubaldini, entre otros, fomentaron la libre difusión y discusión de las ideas.

La escasez de los libros comenzó a revertirse con el desarrollo de la educación y la consecuente disminución del analfabetismo. Al jerarquizarse la creación intelectual y el conocimiento de la obra espiritual de los hombres, tales factores incrementaron la demanda de libros y, quizás, fueron los elementos que agudizaron la inteligencia humana para desembocar en la invención de la imprenta. Nuevamente, la necesidad impulsó a la creación de medios para satisfacerla.

En el siglo XV la impresión no era un fenómeno novedoso. Tanto en Babilonia como en Roma ya se habían hecho impresiones en ladrillos y monedas. También se conocía la impresión con tacos de madera o metal. Pero la tipografía mediante la impresión realizada con tipos sueltos y móviles para cada letra comenzó a ser aplicada en Holanda durante la primera mitad del siglo XV, pero el mérito de haber sido su precursor moderno correspondió a Hans Gensfleisch Gutenberg quien, aproximadamente en 1456, imprimió la célebre *Biblia de Gutenberg* en Maguncia, aunque también se asigna a la ciudad de Estrasburgo el lugar de producción de tal hecho.

Superando las dificultades técnicas y económicas, así como también a la intensa oposición sectorial de los copistas, quienes adver-

tían que el progreso iba a suprimir su secular fuente de trabajo, la novedosa técnica se difundió rápidamente gestando una auténtica revolución cultural (544). La imprenta allanó el camino hacia la ilustración mediante la difusión masiva de nuevas concepciones filosóficas y políticas. Facilitó la labor de los racionalistas, fomentó las literaturas locales, promovió la comunicación internacional y el intercambio científico y, en definitiva, suministró el medio más adelantado y eficaz para la diseminación del pensamiento humano.

En el curso de los siglos XVII y XVIII, la transmisión del pensamiento se difundió con una intensidad cada vez mayor. En ello, contribuyeron decisivamente los diarios, revistas, folletos y libros que circulaban, tanto en las escuelas, academias y universidades, como entre el público en general. Las noticias, de toda índole, adquirieron una significativa circulación y velocidad de transmisión.

Simultáneamente, nacieron los sistemas de promoción y privilegios para la palabra escrita. Respondiendo a una necesidad cultural y de progreso, se adoptaron medidas destinadas a fomentar y facilitar la publicación y difusión de los textos escritos.

Durante el siglo XVIII, la difusión de la palabra escrita tuvo su centro más importante en Francia. La fecunda labor de los iluministas y de los enciclopedistas, unida al amplio margen de libertad que originariamente se había implantado, coadyuvaron a forjar un foco de difusión cultural cuyas luces se expandieron por todo el mundo. Los periódicos se incrementaron, tanto en cantidad como en tamaño. Fue en esta época cuando apareció el *Journal de Paris* (1777), considerado como el primer diario francés, al cual siguió el *Moniteur* (1789). El *Mercure de France* tenía, en 1790, una circulación aproximada de 10.000 ejemplares.

También proliferaron los folletos, como exponentes de las nuevas y polémicas ideas, alcanzando algunos de ellos célebre notoriedad, como *La France Libre* de Desmoulins y *Qu'est ce le Tiers Etat de Sieyès* (545). La palabra escrita, como medio de expresión del pensamiento y de la comunicación social, comenzó a superar el marco

---

(544) Erasmo calificó a la imprenta como el más grande de todos los descubrimientos hechos por el hombre, calificación que conserva toda su plenitud en el siglo XXI.

(545) La importancia que adquirió la palabra escrita tuvo un ejemplo elocuente en la edición, hecha en 1704, por Antoine Galland de un manuscrito árabe: *Les mille et une nuits*. Obra que, habiendo sido traducida a todas las lenguas, introdujo e introduce a las sucesivas generaciones de jóvenes en un mundo fantástico y cautivante, siendo, quizás después de la Biblia, el libro que más se difundió y leyó en el mundo.

puramente comercial o literario para convertirse en uno de los factores políticos más importantes (546). A medida que cuestionó y puso obstáculos para el desenvolvimiento del poder autoritario de los gobernantes, determinó la reacción de los mismos mediante la implementación oficial de la censura cuya presencia, con variedad de grados y matices, se manifiesta hasta nuestros días, tanto en los sistemas autocráticos como en las democracias constitucionales.

En el siglo XIX los progresos operados en los medios de comunicación social superaron en importancia a todos los que se habían registrado hasta ese momento. La prensa escrita, paulatinamente, fue extendiendo el ámbito del material informativo que suministraba a sus lectores. Ya no desarrollaba solamente un periodismo de opinión concentrado en temas políticos, sino que se extendió a la información y comentario de hechos de diversa índole. Esto fue consecuencia de una importante reducción de los costos de impresión debido a aquellos progresos técnicos, que se tradujo en la fijación de un precio de venta para los diarios que posibilitaba el acceso a ellos de una población cada vez más ilustrada.

El surgimiento de esa "*prensa popular*" (547) generó una intensa demanda informativa, en orden a sus contenidos, que debió ser satisfecha con novedosos estilos de redacción y composición. A su vez, los adelantos que se registraron en el siglo XX, y los que seguramente se producirán en las próximas décadas, proyectan la libertad de expresión hacia una situación relevante que difícilmente pueda ser revertida.

Esta particular consideración obedece sustancialmente a dos factores. Uno de ellos es la creciente difusión del constitucionalismo democrático —como idea política dominante en la sociedad— cuya vigencia está condicionada a la manifestación de una amplia libertad de expresión. Se advierte que, en aquellos países donde está firmemente arraigada la concepción democrática en el ámbito de las ideas e instituciones, la libertad de expresión constituye uno de los valores básicos de la organización política y uno de los bienes más preciados por la sociedad.

El segundo está configurado por los asombrosos adelantos tecnológicos operados en los medios de comunicación social, que po-

---

(546) En 1784 Necker dio una definición de la prensa escrita, que ha sido reiterada por los autores políticos hasta nuestros días: "*un poder invisible que, aunque sin riqueza, sin armas y sin ejército, dicta la ley de la ciudad y la Corte, y hasta en los palacios de los reyes*".

(547) CARLOS S. FAYT, *La omnipotencia de la prensa*, p. 68, La Ley, Buenos Aires 1994.

sibilitan la difusión del pensamiento en forma ágil y eficiente, superando cualquier tipo de trabas que se pretendan implantar. Así, ciertas formas de censura de carácter tradicional, que apuntaban hacia los medios escritos de comunicación, tienden a diluirse como consecuencia del perfeccionamiento técnico que adquirió la comunicación masiva realizada por procedimientos novedosos, en un sorprendente marco de progreso que genera situaciones realmente imprevisibles hasta no hace muchos años atrás.

Si la historia de la humanidad puede ser definida como la historia de la lucha permanente del ser humano por su libertad, advertimos que esa lucha, tarde o temprano, concluye con la destrucción de las barreras autoritarias que se le imponen arbitrariamente para su progreso espiritual y material en libertad. Los episodios que en la pos-trimería del siglo XX tuvimos oportunidad de presenciar en la Unión Soviética y sus países satélites, y que seguramente se reproducirán muy pronto en otras áreas sumidas por las autocracias, avalan aquella conclusión en la cual, la libre comunicación social y la tecnología tuvieron un papel decisivo y hasta mucho más relevante que la fuerza de las armas.

A la luz de esa experiencia, es indudable que la regulación facilita la irrupción del totalitarismo. Impide el control internacional de los sistemas autoritarios mediante la más amplia expresión del pluralismo y, por otra parte, restringe la creatividad humana que, con todos sus defectos, posibilita el progreso en libertad de los hombres al pretender, coactiva e ingenuamente, que ella permanezca a la zaga de las normas jurídicas.

Con acierto escribe Bartolomé Mitre (548) que *"La sucesiva aparición en el escenario histórico de nuevos medios de difusión ha sido siempre un impulso liberador. Liberador del individuo frente a la ignorancia, en primer término, y a partir de allí, frente a la dominación política y social"*. Es, al mismo tiempo, una advertencia para quienes aspiran a regular lo que, hasta el día de hoy, es técnicamente irregulable, como las redes de comunicación social. Así, la red que conforma la Internet con millones de computadoras conectadas en el mundo y millones de usuarios, carece de una sede central, de una autoridad superior y de un control centralizado. Es, esencialmente, descentralizada e imposible de regular en un sistema democrático constitucional.

Sin embargo, se alzan voces de protesta contra su desarrollo, a igual que en otros tiempos, se alzaron contra los libros, diarios, la radio y la televisión. A todos ellos se les imputó la difusión en la so-

---

(548) Diario *"La Nación"*, 25 de agosto de 1995.

ciudad de la inmoralidad, la violencia, la pornografía, la delincuencia y de todos aquellos aspectos negativos de la esencia humana. Sin embargo, jamás se ha comprobado que tales resultados sean consecuencia del empleo de los medios técnicos de comunicación social. Basta con repasar la historia de la humanidad, desde sus remotos orígenes, para verificar que todos aquellos males se han presentado y subsistido en las sociedades humanas sin gravitación alguna de los medios de prensa. Quizás, y por el contrario, éstos han sido útiles para atemperar la magnitud de aquellos al rescatar al individuo de la ignorancia autoritaria.

Nos enfrentamos a una nueva etapa de la historia de la humanidad, que es la era de la comunicación social. Ella no admite fronteras, no está supeditada al poder de los Estados ni de los grupos de poder o de presión, rechaza las ideologías y los preconceptos forjados por una visión estática de la vida social. Esa etapa, en su aspecto político y social, coincide con la tendencia hacia la consolidación de una sociedad internacional y de la gestación de una comunidad internacional, en un proceso de creciente desregulación de los medios técnicos de comunicación social que excluye toda intromisión gubernamental destinada a delimitar los contenidos de la libertad de expresión. Y, esa realidad, nos impone un desafío cotidiano cual es el de tolerar y respetar el uso y abuso de la libertad de expresión con la convicción que este último, en un lapso mediato o inmediato, medido con los parámetros de aquella historia de la humanidad, jamás podrá ser desterrado por las leyes sino con la educación para vivir en libertad y la condena espontánea de la sociedad.

Esto no significa que el futuro desenvolvimiento de la libertad de expresión estará exento de los frecuentes obstáculos gestados por la intolerancia y el espíritu totalitario de algunas concepciones políticas. Pero si revela que la lid del hombre por la libertad de pensamiento y de expresión es la demostración más cabal de que la historia de la humanidad puede ser sintetizada como la historia de la lucha del hombre por su libertad.

*"Pueden variar al infinito las especulaciones teóricas que fundamentan los derechos humanos, pero hay un hecho indubitable que únicamente es negado por la concepción totalitaria del Estado y por los déspotas: el hombre es el eje de la humanidad, y el Estado solamente existe y actúa por medio del hombre y en función del interés supremo de éste, que es la consecución de la felicidad a través del pleno goce de su libertad y dignidad"* (549).

---

(549) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. IV, p. 113, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires 1977/1988.

## 199. LIBERTAD DE PRENSA Y LIBERTAD DE IMPRENTA

La libertad de expresión, como complemento indispensable e inseparable de la libertad de pensamiento, se exterioriza a través de diversos medios y procedimientos empleados por el hombre.

Esos medios y procedimientos engloban todas las formas y modalidades posibles en el curso del proceso que conduce a la expresión pública del pensamiento. La tribuna, la cátedra, el púlpito, el estrado, el foro, el teatro, el libro, los periódicos, el cinematógrafo, la radio, la televisión y todo otro medio o procedimiento que pueda concebir la inteligencia humana, constituyen los instrumentos materiales sin los cuales no es posible verificar la existencia de la expresión del pensamiento. Se trata de elementos configurativos de la expresión, que no pueden ser considerados en forma aislada de la actividad espiritual creadora que desarrolla el hombre cuando piensa y exterioriza su pensamiento. Así como la libertad de pensamiento necesita de la libertad de expresión, esta última es inconcebible si está desprovista de los medios y procedimientos que permiten su concreción.

Dentro de la categoría de los medios y procedimientos de comunicación social, se distinguen los llamados medios técnicos de comunicación que, por la relativa complejidad de los aspectos tecnológicos que los caracterizan, tienen una función decisivamente preponderante en la comunicación social pública y abierta.

Entre ellos, se destacan los libros, el telégrafo, los diarios, las revistas, los folletos, la telefonía, la radio, la televisión, el cinematógrafo, y todo otro medio técnico que posibilita la transmisión masiva de la palabra escrita u oral, de la imagen o el sonido, incluyendo los más novedosos como la transmisión satelital y las redes de intercomunicación.

Tradicionalmente, la palabra escrita, y en particular la expuesta en los diarios, ha constituido —y constituye— el medio más eficaz para la expresión del pensamiento. Le permite al hombre tomar conocimiento y reflexionar sobre los hechos que se producen en su país y en el mundo, y ejercitar su derecho a tener acceso a la información. Esa información lo capacita para expresar su aprobación o desaprobación con los acontecimientos asumiendo una participación activa en el curso de la vida pública, y adoptando decisiones en el ámbito de sus actividades privadas.

La información, transmitida en forma ágil por los medios electrónicos y ampliada por los diarios, conduce a los hombres a ensanchar sus horizontes e integrarse en el espíritu del mundo moderno,



con el consecuente incremento de su nivel educacional y cultural. Es evidente que el desenvolvimiento de la palabra escrita tuvo una influencia decisiva sobre el crecimiento de aquel nivel y que, complementado con el surgimiento de los nuevos medios técnicos de comunicación social, ha enriquecido considerablemente la capacidad intelectual del individuo y de los grupos sociales.

Todos los medios técnicos de comunicación social responden a un objetivo común, cual es el de exteriorizar y difundir el pensamiento, aunque entre ellos existen claras diferencias.

La prensa, en su concepto restrictivo y tradicional, abarca sustancialmente a los diarios y las publicaciones periódicas. Brindan una información permanentemente actualizada al lector, que es ricamente complementada con comentarios, elogios y críticas. Ellos no solamente informan sobre acontecimientos políticos y económicos, sino que se proyectan sobre todos aquellos temas que, por integrar el bagaje cultural de una población, son requeridos por ella.

Así, en sus páginas ofrecen consejos para el hogar, recomendaciones para conservar la salud, crónicas literarias, diversos entretenimientos, noticias deportivas, horóscopos, información artística, múltiples avisos ofreciendo, o demandando, bienes y servicios, tiras cómicas, caricaturas, fotografías, notas en cuyos contenidos resaltan el sexo y la violencia, noticias policiales. Ese conjunto de información se transmite conforme a la línea editorial adoptada por cada medio de prensa, que es aceptada por sus lectores y rechazada por aquellos cuya discrepancia los induce a optar por otros diarios o revistas.

Los diarios y revistas procuran satisfacer la demanda informativa, siguiendo tres principios fundamentales: 1) las noticias deben ser publicadas con la mayor rapidez posible, porque las noticias que son importantes en el día de hoy, son material de archivo a las pocas horas de su producción; 2) cada diario y revista pretende ser el primero en dar a conocer un hecho o ciertas características del mismo y, si es con exclusividad, mucho mejor; 3) no apartarse de la línea editorial que determinó la preferencia de sus lectores.

El incumplimiento de estos principios conduce, indefectiblemente, a la pérdida de lectores y avisadores con la consecuente extinción del medio de prensa. A diferencia de lo que acontece con otras actividades empresariales, cuando un diario pierde al grueso de sus lectores es virtualmente imposible que recupere su anterior caudal de circulación y, por el contrario, ese caudal se reducirá progresivamente hasta determinar la extinción del diario o revista.

Dado el elevado número de publicaciones, que es fruto del pluralismo, cada lector cuenta con la posibilidad de acudir a varias de ellas y de seleccionar a las que mejor satisfacen sus inquietudes. Esto acontece tanto en el ámbito nacional como en el local.

En casi todas las provincias y ciudades se advierte la presencia de uno o varios diarios locales. Ellos compiten intensamente entre sí y, en menor escala, con los diarios nacionales. La escasa aceptación de los diarios nacionales en el interior del país que, a lo sumo, constituyen el segundo diario del lector, conduce al fracaso de las concentraciones periódicas de los medios de la prensa escrita. Ello obedece a que, si bien la dirección empresarial puede ser conducida a distancia, no acontece lo propio con la dirección periodística que debe ser eminentemente local.

En el marco de esta competencia, los diarios procuran abaratar sus costos, especialmente con las innovaciones tecnológicas, tratando de ofrecer el más amplio servicio y al menor precio de tapa posible. Asimismo, y con relación al avisador, la relación con el diario es bilateral. Un diario no puede permitirse el lujo de perder un avisador importante, pero este último tampoco puede dejar de publicar avisos en el diario que prefieren los consumidores de sus productos o servicios. Asimismo, cuando más sólida es la estructura económica de una empresa periodística, mayor será su libertad para prescindir de un avisador importante que afecta su línea editorial o presiona para determinar ciertos contenidos de la publicación.

La cinematografía, cuyo rol de prensa filmada está en aparente desuso, es un vehículo fundamental para transmitir la creatividad intelectual del ser humano mediante la emisión de palabras y la proyección de imágenes. En la actualidad, su funcionamiento está sujeto a un alto riesgo económico por tratarse de uno de los medios que más fácilmente puede prescindir el espectador. La novedad que en su momento representó el cinematógrafo ha sido superada con la consecuente reducción cuantitativa; pero con la elevación cualitativa de las producciones fílmicas. De todas maneras, la proyección de estas últimas por la televisión permite augurar la subsistencia de la industria cinematográfica y de las fuentes de trabajo que genera.

La radio prosigue siendo el medio más importante para la transmisión inmediata de la información, aunque por razones operativas carece de la profundidad y posibilidad de reflexión que brindan al individuo los diarios y las revistas. Es un complemento eficaz de la prensa escrita que otorga, al oyente, una amplia posibilidad de selección debido a las múltiples frecuencias radiales.

En cuanto a la televisión, que participa de los caracteres de la radio y el cinematógrafo, por su grado de desarrollo técnico, ofrece al espectador una posibilidad mayor de opción. La evolución tecnológica permite incrementar la capacidad informativa tanto en el orden nacional como en el internacional mediante la televisión abierta, la televisión por cable y la transmisión satelital. Mientras tanto, y como muestra de su gravitación, constituye uno de los medios de comunicación más resistidos y sujetos a la restricción gubernamental que, paulatinamente, tiende a decrecer al resultar ineficientes los controles frente a los progresos tecnológicos. Entre ellos, se destaca con nitidez el fenómeno de la internet.

Pero, al margen de las diferencias materiales que existen entre los diversos medios de comunicación, la libertad de expresión, con las características que le hemos asignado, se extiende y ampara toda manifestación del pensamiento con prescindencia de los componentes técnicos del vehículo de transmisión. Las ideas expuestas mediante los diarios, las publicaciones periódicas, los libros, la radio, el cinematógrafo, la televisión y la internet, están comprendidas en el concepto de libertad de expresión por constituir, todas ellas, simples manifestaciones del pensamiento humano expresadas con una finalidad pública y abierta (550).

## 200. EXTENSIÓN DE LA LIBERTAD DE PRENSA

Etimológicamente, el vocablo imprenta alude al arte de imprimir todo aquello que se publica en forma escrita. Consiste en insertar sobre el papel la imagen de un dibujo o texto. A su vez, la palabra prensa se refiere al instrumento mecánico que participa del proceso de impresión.

Ambos vocablos, utilizados como sinónimos, fueron originalmente relacionados solamente con la prensa escrita, por tratarse del único medio técnico de comunicación masiva existente hasta el siglo XIX. Pero, en el curso del siglo actual, el contenido de aquellos vocablos se ha extendido a otros medios cuyas características técnicas los convierten en canales idóneos para la transmisión pública y masiva del pensamiento.

Si bien es indudable que la libertad de expresión comprende a las libertades de prensa e imprenta, se discute doctrinariamente si la

---

(550) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. IV, p. 393, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires 1977/1988.

tipificación jurídica de estas últimas se extiende a las manifestaciones vertidas por cualquier medio técnico de comunicación social.

Así, a mediados del siglo XX se destacó que la libertad de prensa es una especie particular de la libertad de expresión, que solamente comprende a la palabra escrita insertada en los diarios y publicaciones periódicas. A ella pueden ser incorporados los libros, pero no es posible extender la aplicación de las normas constitucionales reguladoras de la libertad de prensa e imprenta a otros medios técnicos a través de los cuales se expresa el pensamiento (551). Las cláusulas constitucionales, y en particular los arts. 14 y 32, sólo mencionan a la libertad de prensa e imprenta, siendo jurídicamente imposible la equiparación a ellas de los restantes medios modernos de comunicación, tanto debido a las diferencias técnicas que presentan, como por la distinta regulación constitucional que merecen (552).

Algunos autores opinaban, a través de una interpretación literal de la Constitución, que ella no contempla en forma genérica a la libertad de expresión. Solamente ha previsto algunas de sus modalidades que son, explícitamente, la libertad de prensa y de imprenta relacionadas con la manifestación del pensamiento a través de la palabra escrita volcada en los diarios, revistas y libros (553).

Así, nos encontraríamos frente a una laguna normativa que impone la necesidad de proceder a la integración del orden jurídico mediante el recurso de la norma analógica y la aplicación de los principios generales del derecho constitucional. La regla dinámica de interpretación constitucional conduce a la extensión analógica de las disposiciones expresas sobre la libertad de prensa e imprenta, que pasan a englobar a los restantes medios técnicos de comunicación (554).

Sin embargo, la celebración de ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos, y su inserción en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, determinó que, algunos de los autores partidarios de ese enfoque, variaran su opinión. Así, Bidart Campos, para

---

(551) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Derecho Constitucional*, t. II, p. 200, Ediar, Buenos Aires 1969.

(552) ELIEL C. BALLESTER, *Teoría y cuestiones de la libertad de información*, p. 52, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1959.

(553) ARTURO PELLET LASTRA, *La libertad de expresión*, p. 64, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1993. El autor propicia la reforma del art. 14 de la Constitución Nacional incorporando a los medios electrónicos. Solución innecesaria si acudimos a una interpretación dinámica o progresista de la Constitución.

(554) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, t. I, p. 270, Ediar, Buenos Aires 1986.

quien los arts. 14 y 32 de la Ley Fundamental sólo eran aplicables a la prensa gráfica, considera que la amplia protección acordada a la libertad de expresión por el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se extiende a todos los medios técnicos de comunicación. Hasta la censura previa, que a su criterio era aceptable para los medios de radiodifusión, actualmente está absolutamente vedada. No solamente respecto de la prensa escrita, sino también sobre cualquier medio de expresión libre (555).

No compartíamos aquella opinión, pues las diferencias técnicas que pueden existir entre los diversos medios de comunicación no son suficientes para privarlos del carácter común de instrumentos transmisores del pensamiento, que deben disfrutar de igual protección y reconocimiento que los dispensados a los medios conocidos al tiempo de ser sancionada la Constitución Nacional.

La Constitución no protege directamente a los medios de comunicación, sino a la expresión del pensamiento en forma pública y abierta que, como necesariamente debe ser canalizada a través de ellos, proyecta la tutela normativa al instrumento empleado para la transmisión del pensamiento. Pero el bien jurídico tutelado es la libertad de expresión, ya sea cara a cara o a través de los medios técnicos de comunicación social, abierta o cerrada.

Consideramos que no existe en la materia una laguna normativa constitucional. La solución consiste en acudir a la aplicación de las reglas teleológica, práctica, semántica, sistemática y dinámica de interpretación constitucional (556), que impiden una consideración restrictiva de las libertades, evitan asignar un significado literal y técnico a las palabras de la ley y posibilitan la adecuación de las normas constitucionales a las circunstancias generadas por las nuevas modalidades y necesidades resultantes del progreso de la humanidad.

No habrá, entonces, mutación constitucional ni necesidad de reformar la Constitución, ni aplicación analógica de una norma para cubrir presuntas lagunas constitucionales. Simplemente, se cumplirá la voluntad de los constituyentes adecuando las normas generales de la Constitución a los casos particulares que se presentan en la vida social.

Este último criterio ha sido incorporado, en forma lenta pero firme, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

---

(555) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. III, p. 204, Ediar, Buenos Aires 1989.

(556) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Reglas para la interpretación constitucional*, ps. 48/122. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires 1988.

En el caso "*Mallo, Daniel s/ Amparo*", resuelto el 10 de mayo de 1972, se decidió "*Que corresponde señalar, en primer término, que la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión cubre las manifestaciones recogidas y vertidas por la técnica cinematográfica (Constitución Nacional, arts. 14, 32 y 33; ídem de U.S.A. enmiendas I y 14; "Burstyn Inc. vs. Wilson", 343 US 495-1952)*" (557).

En el caso "*Colombres, Ignacio y otros c. Nación Argentina s/ Ordinario*", resuelto el 29 de junio de 1976, la Corte Suprema destacó "*Que la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión no se limita al supuesto previsto en los artículos 14, 32 y 33 de la Constitución Nacional, sino que abarca las diversas formas en que aquélla se traduce, entre las que figura la libertad de creación artística, que constituye una de las más puras manifestaciones del espíritu humano y fundamento necesario de una fecunda evolución del arte*" (558).

Al resolver el caso "*Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A. s/ Daños y perjuicios*", del 11 de diciembre de 1984, dijo el Alto Tribunal "*Que esta Corte, en su condición de intérprete final de la Constitución Nacional ha debido adecuar el derecho vigente a la realidad comunitaria para evitar la cristalización de las normas y preceptos constitucionales. Que la consagración del derecho de prensa en la Constitución Nacional, como dimensión política de la libertad de pensamiento y de la libertad de expresión, es consecuencia, por una parte, de las circunstancias históricas que condujeron a su sanción como norma fundamental, y por la otra, la de la afirmación, en su etapa artesanal, del libre uso de la imprenta como técnica de difusión de las ideas frente a la autoridad que buscaba controlar ese medio de comunicación mediante la censura; de ahí que la reivindicación estuvo referida a la difusión y expresión de los pensamientos y las opiniones conforme lo estableciera la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y por tanto a garantizar la libre publicación de las ideas". Agregaba "Que elevado el derecho de prensa a la categoría de un derecho individual autónomo, la legislación sobre la prensa garantizó su ejercicio estableciendo criterios e inmunidades con el objeto de impedir la intromisión arbitraria del Estado tanto en la publicación como las empresas que realizaban la publicación, asegurando la libre iniciativa*

---

(557) Fallo 282:396 (LA LEY Online). En el citado caso "*Burstyn Inc. vs. Wilson*", la argumentación desarrollada por la Suprema Corte de los Estados Unidos fue más explícita. Al dejar sin efecto la prohibición impuesta por la exhibición de la película italiana "*El Milagro*", puntualizó que debido a la importancia adquirida por el cinematógrafo como instrumento para formar la opinión pública, "*la expresión mediante películas cinematográficas queda incluida dentro de la garantía de libertad de palabra y de prensa de las Enmiendas I y XIV*".

(558) Fallos CS 295:216.

*individual, la libre competencia y la libertad de empresa considerados elementos esenciales para la autonomía humana*" (559).

El 8 de septiembre de 1992 la Corte Suprema resolvió el caso "*Servini de Cubría*" (560), a raíz del recurso extraordinario planteado contra una sentencia judicial que, con el carácter de medida cautelar, había dispuesto prohibir parcialmente la emisión de un programa de televisión de carácter humorístico, porque podía ser lesivo para el honor de una magistrada judicial. El Alto Tribunal sostuvo que, sobre la base de los fundamentos expuestos por la Comisión Examinadora de la Constitución Federal, al ser incorporado su artículo 32 que "*de ello se concluye, sin esfuerzo que la garantía constitucional que ampara la libertad de expresarse por la prensa sin censura previa, cubre las manifestaciones vertidas a través de la radio y de la televisión*", y que dicha garantía se extiende sobre las manifestaciones "*vertidas en programas de corte humorístico*".

Reiterando lo expuesto en el caso "*Abal c. Diario La Prensa*" (561), destacó que "*incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncia derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica*".

Estas conclusiones fueron ratificadas por la ley 26.032. Dispone que las garantías constitucionales sobre libertad de expresión se aplican a los servicios de internet.

En el marco legislativo la proyección de la libertad de prensa e imprenta a otros medios técnicos de comunicación social fue establecida por la ley 23.054 que aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscripta por la Argentina en 1969, y por la ley 23.313 que aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos incorporados al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

El art. 13 de la primera de estas convenciones, establece categóricamente que: "*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o*

---

(559) Fallos CS 306:1904.

(560) Fallos CS 315:1943 (LA LEY Online). La censura del programa fue requerida a título personal por una jueza federal, María Servini de Cubría, cuyo escaso conocimiento de la Constitución Nacional puso de manifiesto en varias sentencias.

(561) Fallos CS 248:291.

*artística o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de la información o por cualquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquiera otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.*

Esta norma, de manera clara y terminante, dispone:

- 1) El reconocimiento de la libertad de expresión, cualquiera que sea el medio utilizado para ejercerla.
- 2) La absoluta prohibición de la censura previa, con la salvedad del acceso de los menores de edad a ciertos espectáculos públicos.
- 3) Las responsabilidades ulteriores que pueda acarrear el ejercicio de la libertad de expresión deben estar fijadas expresamente por la ley. De manera que ellas no pueden ser inferidas de manera implícita o por analogía.

## 201. INTERNET

Es indudable que, la creación de la imprenta, fue el factor fundamental que permitió, hasta la actualidad, una amplia difusión del pensamiento humano mediante la publicación de folletos, libros, revistas y diarios. Otro tanto, aunque quizás en un grado inferior, aconteció con el cinematógrafo, la radio y la televisión. Decimos en un grado menor, porque sin mengua de su importancia, fueron y son medios de comunicación que complementan la difusión de ideas, informaciones y hechos realizada en forma escrita. La prioridad en



la difusión de un hecho, muchas veces podrá corresponder a la radio y la televisión, pero su análisis y conocimiento más preciso sólo se podrá obtener mediante la lectura de los medios gráficos.

Los progresos tecnológicos, realmente asombrosos, registrados en el curso del siglo XX, fueron añadiendo nuevos medios de comunicación, tales como la telefonía y la transmisión satelital. Ellos pueden operar en forma independiente pero, con el objeto de ampliar sus objetivos en materia de comunicación, han sido interrelacionados con otros medios. A punto tal que, gradualmente, se mimetizan con ellos.

A fines del siglo XX se instaló un nuevo medio de difusión que es la internet. Se trata del fenómeno más importante producido en materia de comunicación social desde el surgimiento y desarrollo de la imprenta. De un fenómeno cuyas consecuencias nos resultan realmente imprevisibles en orden al futuro desenvolvimiento de las comunicaciones. De una tecnología que, en cierto modo, se apropia de los restantes medios de difusión y los transforma en elementos propios para otorgar carácter universal a las comunicaciones. No exagera quien afirma que, la internet y sus futuras variaciones, configuran a partir del siglo XXI un elemento tan decisivo para el desarrollo de la humanidad, como lo fue la imprenta a partir del siglo XV.

Mediante la internet, tenemos acceso a los más importantes centros mundiales de documentación. Podemos acceder a ella desde cualquier ubicación física. Nos permite dar a publicidad nuestras ideas. Nos permite intercambiar ideas con otras personas, conformar grupos sociales de intercomunicación y concretar las más complejas transacciones comerciales. Por otra parte, el dinamismo tecnológico de la internet enriquece, amplía y acelera el proceso de comunicación, con la particularidad de no estar sujeto a una regulación proveniente de los Estados o de los entes internacionales. Es la primera vez que, un medio de comunicación gestado por la inteligencia de los individuos, no pudo ser controlado por los Estados, sin perjuicio de alcanzar la regulación de las responsabilidades ulteriores cuando ello es, técnicamente, posible.

La internet presenta la particularidad de estar basada sobre dos pilares: la libertad y la desregulación. La libertad para ingresar y desenvolverse en ella, recibiendo y ofreciendo la más variada información. La desregulación es consecuencia de la imposibilidad material para los Estados y personas de interferir las comunicaciones y de establecer límites tecnológicos para su funcionamiento.

Accediendo a la internet, podemos introducirnos al conocimiento de las más variadas ideas, informaciones y hechos que se exterior-

rizan en cualquier parte del mundo. Al margen de ese conocimiento, su uso permite concretar comunicaciones directas entre las personas y hasta conformar grupos sociales "chat" en el ámbito de un escenario inmaterial o intangible. A todo ello, se añade una absoluta libertad, tanto en el emisor como en el receptor, para seleccionar los contenidos de las expresiones.

Han sido manifiestamente vanos todos los esfuerzos realizados para regular la internet, en orden a los contenidos de las expresiones que se transmiten por su intermedio. El único censor, o autocensor, que admite la internet es la voluntad del propio usuario. Tal hecho es probablemente la mayor frustración que padecen los autócratas, los adversarios de una libertad de expresión desinhibida y de todos aquellos que, en mayor o menor medida, aspiran coactivamente a cercenar la difusión de ciertas ideas, informaciones o acontecimientos.

Si bien la libertad de expresión está desprovista de límites en el ámbito de la internet, resultando técnicamente imposible implementar ciertos tipos preventivos de control para algunos de sus operadores, esto no significa que su ejercicio esté exento de responsabilidades ulteriores cuando se incurre en un acto ilícito.

Sin embargo, un acto puede ser ilícito para la legislación del país receptor, careciendo de esa tipificación en el país emisor. Las infracciones al derecho de propiedad intelectual, a los derechos de autor, a la publicidad comercial, a la privacidad, al honor, al derecho de los consumidores, la incitación a la violencia, fomentar la discriminación política, racial o sexual, la apología del delito, tienen distinto tratamiento legal en los Estados. Tal hecho impone una traba para materializar aquella responsabilidad que, solamente, podría ser resuelta mediante la concertación de tratados internacionales o aceptando la aplicación de las normas del derecho de gentes (562). Esto significa que, las características de la internet y sus modalidades tecnológicas impiden la consideración de aquella responsabilidad conforme a los criterios aplicables cuando, la libertad de expresión, se manifiesta por los medios técnicos clásicos de comunicación.

Muñoz Machado (563) destaca la necesidad de distinguir, entre otros, la posición jurídica en que están ubicados el editor que incorpora los contenidos puestos a disposición del usuario; el dueño del sitio que controla los recursos informáticos conectados a la internet;

---

(562) FERNANDO J. CAFFERATA, *Utilización de la red de internet*, LA LEY, 2001-B, 1281.

(563) SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red*, p. 168, Taurus, Madrid 2000.

el proveedor de servicios que actúa como intermediario entre el editor y el usuario; el operador que engloba en su oferta diversos contenidos; el proveedor de acceso que comercializa la prestación técnica; y el transportador que es un operador técnico que permite la interconexión de las diversas redes que conforman la internet. A esto se añaden, como ya lo destacamos, las diversas legislaciones locales o normas internacionales que pueden regular, de manera contradictoria, el proceso informativo y las particularidades que puede presentar la amplia gama de actos ilícitos cuya concreción es viable a través del ejercicio de la libertad de expresión.

De todas maneras, la inaplicabilidad de criterios basados sobre una responsabilidad objetiva determina que, en cada caso concreto, corresponda verificar el grado de dolo o culpa de cada uno de los artífices del sistema que configura la internet. Así, los proveedores de servicios de internet, no podrían ser asimilados a los editores por las informaciones que se emitan, porque están desprovistos de toda posibilidad de controlar los contenidos de las expresiones antes de su emisión y recepción. Otro tanto los editores, por el mero hecho de concretarse la comunicación de información elaborada por terceros sin posibilidad de control por parte de aquellos.

Las normas y doctrinas jurídicas que fueron aparentemente satisfactorias para regir la libertad de expresión a través de los medios gráficos y electrónicos clásicos, resultan manifiestamente insuficientes para cumplir un rol similar en el siglo XXI. Inclusive, la posibilidad de sustituirlas mediante nuevos mecanismos jurídicos coercitivos resulta remota, cuando no imposible.

Tales conclusiones brotan del agudo fallo dictado por la Suprema Corte de los Estados Unidos, el 26 de junio de 1997, cuando resolvió el caso "*Reno vs. American Civil Liberties Union*" (564).

En 1996 el Congreso de los Estados Unidos sancionó el Acta de Decencia en las Comunicaciones, que contiene algunas normas destinadas a proteger a los menores de edad frente a comunicaciones o datos que puedan perturbar el desarrollo de su salud mental.

La Sección 223 (a) penalizaba la transmisión a sabiendas de mensajes obscenos o indecentes a cualquier destinatario que tuviera menos de 18 años de edad. A su vez, la Sección 223 (d) prohibía enviar o exhibir a sabiendas, a un menor de 18 años, cualquier mensaje que, en su contexto, representara o describiera, en términos manifiestamente ofensivos, evaluados conforme a criterios comunitarios contemporáneos, actividades u órganos sexuales o excretorios.

La validez de ambas disposiciones fue cuestionada por entender que vulneraban la Enmienda I de la Constitución de los Estados Unidos, que veda al Congreso la sanción de leyes que limiten la libertad de palabra y de prensa.

La opinión de la Suprema Corte fue expuesta a través del voto emitido por el juez John Paul Stevens, descalificando la validez constitucional de tales disposiciones, respecto de su aplicación a la internet.

La Suprema Corte puntualizó que el desarrollo de la internet ha sido, y sigue siendo, uno de los fenómenos más extraordinarios en materia de comunicación social. Su regulación gubernamental resulta imposible o insuficiente, no sólo porque la internet desconoce todo tipo de fronteras y subordinación al poder estatal, sino también porque se desenvuelve en un espacio cibernético donde todos pueden ser, simultáneamente, operadores y receptores, ocultando sus identidades e impidiendo toda posibilidad para su identificación física.

Una vez que cierto material es incorporado a la internet, resulta imposible evitar el acceso voluntario al mismo de los integrantes de una sociedad. No solamente de la sociedad donde se produce la incorporación de los datos, sino de todos los habitantes del planeta. Si el emisor decide reservar el secreto de su identidad, no hay forma de identificarlo. Asimismo, aunque el emisor pretenda limitar el acceso a la información que aporta a ciertas personas, no podrá lograr su objetivo porque le será imposible determinar la identidad, características o edad del usuario que accede a ese material. Es que, si bien puede ser codificado el acceso directo y voluntario, no acontece lo propio con el acceso indirecto, sea o no voluntario.

Los archivos, bancos de datos o zonas de intercambio de información sobre material explícito de tipo sexual nocivo para los menores, son creados y difundidos en la internet de la misma manera que cualquier otro material. El acceso a tales datos, por cualquier persona, puede ser consecuencia de una acción voluntaria o producto involuntario de un proceso de búsqueda de otro tipo de material.

Con un enfoque realista, la Corte destacó que, en rigor, las zonas con datos sexuales explícitos están precedidas por una advertencia sobre su contenido. Tal circunstancia impide, en principio el acceso involuntario. De modo que son escasas las posibilidades para que un usuario ingrese accidentalmente en un espacio sexual explícito y, con mayor razón, tratándose de niños ya que, el acceso independiente a la internet, requiere de cierto grado de madurez intelectual y capacidad de lectura.

La Suprema Corte consideró inaplicables a la internet ciertos criterios restrictivos cuya validez había declarado respecto de la radio y la televisión. A diferencia de estos medios, las comunicaciones a través de la internet no invaden sorpresivamente el hogar ni aparecen espontáneamente en la pantalla. Es necesaria una actividad positiva y relativamente compleja del usuario, que descarta toda intromisión o limitación arbitraria en la capacidad individual de decisión. Tampoco, en este caso, cabe hacer referencia a un medio de transmisión, o espacio escaso o limitado, que justifique su regulación, porque todos los individuos se pueden introducir en la internet para informar o ser informados sin límites de tiempos y espacios.

El Acta, como intento del Congreso por reservar zonas vedadas al ingreso de los menores a la internet, sería válida si no se extendiera también a los adultos. Pero, en la práctica, estará limitando el acceso de los adultos a materias declaradas inaptas para los menores. Toda prohibición impuesta por el gobierno, con el loable propósito de proteger a los menores, conduce necesariamente a extender aquélla a los adultos. Es imposible limitar el acceso a una zona para los adultos, porque nadie podrá tener la seguridad que sus expresiones solamente estarán al alcance de esos adultos. La única forma para eximirse de responsabilidad por un operador que se identifica, ante el riesgo del ingreso de un menor, sería de abstenerse de aportar los contenidos que se consideran nocivos para los menores, pero que no lo son para los adultos. Esto es así porque la tecnología no ofrece algún procedimiento satisfactorio que impida el acceso de los menores a ciertos datos sin negar ese derecho a los adultos.

Tal circunstancia determina que las normas cuestionadas, al margen de su ambigüedad, vulneraban los principios de la Enmienda I de la Constitución pues estaban, indirectamente, regulando los contenidos de las transmisiones a que tienen derecho para acceder los mayores de edad. En definitiva, se estaba negando a los adultos el derecho a incorporar y conocer ciertos datos, informes e ideas por ser considerados perjudiciales para los menores.

La jueza Sandra Day O'Connor se adhirió al voto de la mayoría, aunque con una disidencia parcial.

Entre otros conceptos expresó que una ley de zonificación sólo es válida si permite que los adultos puedan seguir obteniendo las expresiones cuya transmisión estaba vedada a los menores. En caso contrario, la ley iba más allá de mantener a los menores alejados de las expresiones que no tenían derecho a obtener: interfiere en el derecho de los adultos a acceder a expresiones protegidas constitucionalmente y, en los hechos, reduce la población adulta a obtener so-

lamente información que es apta para los niños. Solución que es incompatible con la Enmienda I.

Añadió que el espacio cibernético es una interconexión de rutas electrónicas que permite, a los dicentes y oyentes, ocultar sus identidades. Como los usuarios de la internet pueden transmitir y recibir mensajes sin revelar nada sobre sus identidades o edades, resulta actualmente imposible impedir el acceso a ciertos mensajes, con base en la identidad de las personas. La única forma en que un dicente podría evitar la responsabilidad que emana de las normas cuestionadas, es absteniéndose de usar expresiones indecentes. Pero este silencio forzado viola el derecho que la Enmienda I acuerda a los adultos para que formulen u obtengan estas expresiones.

Sin embargo, para O'Connor, las cláusulas de la ley no son inconstitucionales en todas sus aplicaciones. Son válidas cuando se aplican a una conversación en donde sólo participan un adulto y uno o más menores con conocimiento, por parte del primero, de que sus interlocutores son menores de edad. Esto sucede, por ejemplo, cuando un dicente adulto envía un e-mail sabiendo que el destinatario es un menor, o cuando un adulto sabe que está conversando con uno o varios menores en un *chat room*. Pero, claro está, ese conocimiento no se presume, debiendo ser acreditado en cada caso concreto.

El carácter de medio de prensa de la internet, fue reconocido por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, sala 1ª, al resolver el caso "Vita" (565). Sostuvo que las ideas expuestas por los imputados sobre el consumo de estupefacientes fueron hechas en el marco del ejercicio de la libertad de prensa al exteriorizarse mediante la internet.

Esta afirmación precedió a la sanción de la ley 26.032, del 18 de mayo de 2005, que establece: "*La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión*" (art. 1º).

Esta ley reduce los efectos de la 25.690, sancionada el 28 de noviembre de 2002, que impone a las empresas ISP —Internet Service Provider— la obligación de ofrecer software de protección que impida el acceso a sitios específicos al momento de ofrecer los servicios de internet. Añade que el control estará a cargo de la Comisión

---

(565) Sentencia del 13 de marzo de 2002 (LA LEY, 2002-B, 489) y sentencia del 29 de agosto de 2003 donde reiteró que el ejercicio de la libertad de expresión a través de la internet está protegida por el art. 14 de la Constitución y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Nacional de Comunicaciones y que la autoridad de aplicación determinará las multas aplicables a las empresas infractoras. Al margen de la dudosa validez de esta delegación punitiva, la ley 25.690 no puede concretarse en actos de censura por imposición de la ley 26.032.

Las comunicaciones mediante la internet, también quedaron equiparadas a la correspondencia epistolar bajo el nombre de correo electrónico (566) y que su violación, además de constituir un delito penal, importa vulnerar el derecho a la privacidad o intimidad (567).

## 202. REGULACIÓN DE LA PRENSA EN EL PERÍODO COLONIAL

La regulación de los medios técnicos de comunicación social y de la libertad de expresión durante la época colonial presentó profundas características restrictivas que, en mayor o menor grado, fueron comunes a las establecidas, no solamente en España, sino también para los restantes Estados del continente europeo.

La intensidad de tales restricciones estaba determinada por el carácter autocrático de los sistemas políticos imperantes, cuya configuración en modo alguno se compadecía con el reconocimiento del pluralismo intelectual y con la libre expresión de ideas lesivas para los principios dogmáticos en que se sustentaban. Si bien no se vedaba la expresión del pensamiento, la licitud de su libre manifestación era una excepción al principio general que prohibía toda crítica o cuestionamiento a los valores e idea política dominante que nutren a un régimen autocrático.

Pocos años después de haber sido introducida la imprenta en España, en 1480 los reyes católicos Fernando e Isabel dispusieron eximir del pago de derechos a la importación de libros extranjeros, por entender que eran instrumentos sumamente provechosos para ilustrar a las personas. Sin embargo, la proliferación de los libros y de las ideas audaces que en muchos de ellos se exponían, condujeron a aquellos monarcas a rever su decisión mediante la pragmática de 1502, que condicionaba la impresión e ingreso de libros a la obtención de una licencia y a la censura previa de un tribunal.

---

(566) Sentencia de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, sala VI, en la causa "Lanata" del año 1999 (LA LEY, 1999-C, 458; 1999-E, 70). Sentencia de ese Tribunal, sala I, en la causa "Grinberg" del 11 de febrero de 2003.

(567) Sentencia de la Cámara Nacional del Trabajo, sala VIII, en la causa "Pereyra" del 27 de marzo de 2003. Sentencia de ese Tribunal, sala X, del 17 de noviembre de 2003 en la causa "V.R.I. c. Vestiditos S.A." (LA LEY, 2004-C, 455).

Varias disposiciones complementaron el mecanismo de censura e intolerancia para el debate público de las ideas, mediante la aplicación de severas sanciones para los infractores. La destrucción de los impresos, el pago de multas, la confiscación de bienes y hasta la muerte, eran las penas previstas para los impresores, autores y para quienes comercializaban las obras que no superaban los recaudos impuestos por la censura.

La aplicación de estas normas se extendía a las colonias españolas. Una pragmática de 1560 disponía que los jueces no podían consentir la impresión ni venta de libros que trataban materias de Indias, si ellas carecían de la licencia especial emitida por el Consejo Real de las Indias. Las obras no autorizadas debían ser secuestradas, y los impresores, además de pagar una multa de doscientos mil maravedís, quedaban despojados de sus imprentas (568).

Tales disposiciones no impidieron la circulación clandestina de las obras prohibidas por la autoridad real, que se concentraban en muchas bibliotecas privadas. Tampoco la impresión de breves manifiestos en los cuales se expresaban las voces de protesta y que constituyeron el antecedente inmediato de los periódicos de opinión que surgieron a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX.

La difusión alcanzada por ellos motivó la emisión de la Real Cédula del 20 de marzo de 1750. Dispuso: "*Ordeno, en vista de la difusión de impresos con el honesto título de manifiestos, defensas legales y otros que contengan cláusulas y sátiras denigrantes a la estimación y honor de personas de todas clases y estados, que en adelante no se dieren a la estampa si antes el manuscrito no era visto por el tribunal*", que debía examinarlo y conceder la licencia de impresión si lo estimaba oportuno (569).

La política autoritaria y restrictiva para la libertad de prensa, y por ende para el proceso de información de los individuos, también se expresó a través de la Real Cédula del 22 de agosto de 1792, que prohibía introducir en las colonias impresos referentes a los hechos e ideas sobre los cuales se desarrollaba el movimiento revolucionario en Francia. Prohibición que, en cierto modo, fue el acicate para la difusión de tales ideas entre aquellas personas partidarias de la libertad de pensamiento.

---

(568) C. GALVÁN MORENO, *El Periodismo Argentino*, p. 75, Ed. Claridad, Buenos Aires 1944; ARTURO PELLET LASTRA, *La Libertad de Expresión*, p. 22, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1993.

(569) C. GALVÁN MORENO, *El Periodismo Argentino*, p. 76, ob. cit.



Corresponde atribuir a los jesuitas el mérito de haber introducido la primera imprenta a América. Lo hicieron en México en 1538. Otro tanto aconteció en el Virreinato del Río de la Plata, donde los jesuitas instalaron una imprenta en Córdoba, cuyo funcionamiento fue autorizado en 1765. Con anterioridad, a comienzos del siglo XVIII, habían confeccionado una imprenta rudimentaria que funcionó en las misiones del Alto Uruguay y del Alto Paraná, y cuyo primer impresor fue el padre Neumann. Al ser expulsados los jesuitas de los dominios de España por Carlos III, el Virrey Vértiz dispuso, en 1780, trasladar a la Casa de Expósitos, en Buenos Aires, la imprenta que se hallaba en Córdoba.

En 1800 el español Francisco Cabello y Mesa, procedente de Lima, solicitó la autorización para imprimir el periódico *Telégrafo Mercantil*, que le fue concedida el 6 de noviembre de 1800. Tal fue el primer periódico publicado en Buenos Aires, en el cual colaboraron destacadas figuras de la sociedad local, como el Deán Funes, Azcuénaga, Labardén, Belgrano y Juan José Castelli (570).

El primer número del *Telégrafo Mercantil* fue impreso en la Real Imprenta de Niños Expósitos el 1 de abril de 1801, y su línea editorial estaba concentrada en brindar información sobre el comercio y la industria. Sin embargo, la falta de criterio y equilibrio del editor lo impulsó a condenar, torpemente, las costumbres sociales de Buenos Aires, incurriendo en excesos que determinaron el rechazo por una sociedad intolerante (571), forjada en una cultura política autoritaria. La publicación, el 8 de octubre de 1802, de un artículo en el cual calificaba de holgazanes inservibles a los extranjeros radicados en Buenos Aires, y a sus mujeres como licenciosas mantenidas, colmó la paciencia de las autoridades y el Virrey ordenó su clausura el 17 de octubre de ese año.

El segundo periódico nacional fue el *Semanario de Agricultura, Industria y Comercio*, fundado por Hipólito Vieytes con la colaboración de Pedro Cerviño, cuyo primer número se publicó el 1 de septiembre de 1802. Su línea editorial era similar a la del *Telégrafo Mercantil*, tratando temas referentes a la industria y el comercio, y prescindiendo de toda composición literaria. Tras una breve suspensión, motivada por la primera invasión inglesa de 1806, su publicación

---

(570) FÉLIX LAIÑO, *Periodismo Nacional*, p. 45, Libro de Plata de ADEPA, Buenos Aires 1988.

(571) Una de las letrillas de Cabello decía: "*Que Porcia impida a su hija El que se pueda sentar Junto a Gil, y que en el río Se entre abrazada con Ella; ¡Lindo ejemplar! Que en esta tierra muy pocos Se quieren matrimoniar, Y en la cuna, diariamente, Vengan niños a brotar: ¡Lindo ejemplar!*".

prosiguió hasta el 11 de febrero de 1807, en vísperas de la segunda invasión, cuando se tuvo conocimiento del ataque de las tropas inglesas a Montevideo.

El tercer periódico fue *The Southern Star*, publicado en idioma inglés y castellano desde Montevideo. Se editó entre el 23 de mayo y el 4 de julio de 1807, con una línea editorial que procuraba describir los motivos de la presencia inglesa en el Río de la Plata: "*Vienen los ingleses, no como conquistadores, sino como defensores. Quieren emanciparos de servidumbre y entregaros vuestra justa libertad*".

El cuarto periódico fue la *Gaceta del Gobierno de Buenos Aires*, editado por el Virrey Cisneros para publicar los documentos oficiales y artículos periodísticos provenientes de España, en los cuales se destacaban las bondades de la política colonial española. Su primer número se publicó el 14 de octubre de 1809, y el último el 9 de enero de 1810.

El quinto y último periódico, que se editó antes de la Gesta del 25 de Mayo de 1810, fue el *Correo de Comercio*. Fundado por Manuel Belgrano, quien contó con la inestimable colaboración de Juan Hipólito Vieytes, su primer número se publicó el 3 de marzo de 1810 y el último el 23 de febrero de 1811. Salía los días sábados brindando información comercial, científica, artística e histórica con un enfoque relativamente crítico para el gobierno español.

### 203. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

La libertad de prensa constituyó uno de los valores más preciados para los gestores de la Revolución de Mayo (572). Ellos dejaron sin efecto las disposiciones contenidas en las Leyes de Indias por las cuales se condicionaba, a la autorización real, todo tipo de publicación bajo apercibimiento de aplicar penas severas a los infractores.

---

(572) Manuel Belgrano, en el número 24 del *Correo de Comercio* de Buenos Aires del 11 de agosto de 1810, escribió: "*La libertad de la prensa no es otra cosa que una facultad de escribir y publicar lo que cada ciudadano piensa y puede decir con la lengua. Es tan justa dicha facultad, como lo es la de pensar y de hablar, y es tan injusto oprimirla, como lo sería el tener atados los entendimientos, las lenguas, las manos o los pies a todos los ciudadanos. Es necesaria para la instrucción pública, para el mejor gobierno de la nación, y para su libertad civil, es decir, para evitar la tiranía de cualquier gobierno que se establezca; de lo cual son buenas pruebas, que ningún tirano puede haber donde ella esté establecida, y que ningún tirano ha dejado de quitarla con todo cuidado a sus súbditos, porque son incompatibles entre sí*".

Optaron por instaurar una amplia libertad de prensa conforme al pensamiento de Mariano Moreno: *"Quiero más una libertad peligrosa que una servidumbre tranquila"*.

Varios años más tarde, el significado de esa valoración quedó cristalizado en uno de los párrafos de la nota remitida, el 1 de diciembre de 1852, al Director Provisorio de la Confederación Argentina Justo José de Urquiza por el Congreso General Constituyente: *"El opinar en política no es un crimen. Es el ejercicio de la razón aplicada a los intereses públicos. Todo ciudadano de una república tiene el derecho de manifestar lo que piensa y de contribuir con el tributo de su pensamiento a la felicidad común. Si las autoridades entre nosotros han restringido este derecho, han hecho mal y han faltado al primer deber de toda autoridad humana, que consiste en conceder al hombre lo que Dios mismo no le niega"* (573).

#### 204. REGLAMENTO SOBRE LA LIBERTAD DE IMPRENTA DE 1811

El primer documento legal argentino sobre libertad de prensa estuvo inspirado por el Deán Gregorio Funes, y fue dictado por la Junta Conservadora el 20 de abril de 1811 con el nombre de Reglamento sobre la Libertad de Imprenta.

Establecía una absoluta libertad de prensa para las opiniones políticas, aunque cercenaba esa potestad en materia religiosa.

El contenido de este documento, cuya fuente fue el decreto emitido por las Cortes Generales de España el 10 de noviembre de 1810, constituyó un adelanto frente a la legislación anterior manifiestamente autoritaria. Sin embargo, contenía severas restricciones y sanciones que impedían el desenvolvimiento de una prensa auténticamente libre.

Así, imponía la censura previa en materia religiosa; los impresores de folletos que fueran calificados como infamatorios, calumniosos, licenciosos, contrarios a la decencia y las buenas costumbres, eran pasibles de las mismas sanciones aplicables a los autores y, además, de una multa. Se creaba una Junta Suprema de Censura dependiente del Gobierno, y organismos similares en cada capital de provincia, facultados para disponer la detención de los infractores y el secuestro de las publicaciones vendidas.

---

(573) *Convención Nacional de 1898, Congreso Constituyente de 1853 y Convenciones Reformadoras de 1860 y 1866*, p. 205, Buenos Aires 1898.

Las trabas impuestas por este Reglamento para el desarrollo de la libertad de prensa no se compadecían con los postulados doctrinarios emitidos por los hombres de la Revolución de Mayo. No fue la primera vez que la bandera de la libertad, enarbolada para acceder al poder, es recogida cuando se asume el rol de gobernante.

Bajo su vigencia se desarrolló la *Gazeta de Buenos Aires*, periódico semanal fundado por Decreto de la Junta de Gobierno del 2 de junio de 1810 como órgano oficial del gobierno. Su creación obedeció a una iniciativa de Mariano Moreno, cuya pluma trazó los objetivos del nuevo medio de prensa expuestos en el citado Decreto: *"Ha resuelto la Junta que salga a la luz un nuevo periódico semanal con el título de Gazeta de Buenos Aires, el cual sin tocar los objetos que tan dignamente se desempeñan en el Semanario del Comercio, anuncie al público las noticias exteriores e interiores que deban mirarse con algún interés. En él se manifestarán igualmente las discusiones oficiales de la Junta con los demás Jefes y Gobiernos, el estado de la Real Hacienda, y medidas económicas"*.

Su primer número apareció el 7 de junio de 1810 y el último el 12 de septiembre de 1821 por decisión de Bernardino Rivadavia, quien sustituyó la concreción de los objetivos de esa publicación creando el Registro Oficial.

## 205. DECRETO DE LIBERTAD DE IMPRENTA DE 1811

Constituido el Primer Triunvirato integrado por Feliciano Chiclana, Manuel de Sarratea y Juan José Paso, y basándose sobre el documento anterior, el 26 de octubre de 1811 dictó el célebre decreto de libertad de imprenta, cuya fundamentación establecía: *"Tan natural como el pensamiento le es al hombre la facultad de comunicar sus ideas. Es esta, una de aquellas pocas verdades que más bien se siente, que se demuestra. Nada puede añadirse a lo que se ha escrito para probar aquel derecho, y las ventajas incalculables que resultan a la humanidad de su libre ejercicio. El gobierno fiel a sus principios, quiere restituir a los pueblos americanos, por medio de la libertad política de la imprenta, ese precioso derecho de la naturaleza, que le había usurpado un envejecido abuso del poder, y en la firme persuasión de que es el único camino de comunicar las luces, formar la opinión pública, y consolidar la unidad de sentimientos, que es la verdadera fuerza de los estados, ha venido en decretar lo que sigue"*.

A pesar del carácter restrictivo del Decreto de Libertad de Imprenta surgieron diversas publicaciones que se apartaron de sus

normas forjando, en los hechos, una amplia libertad de prensa que no se había disfrutado hasta ese momento.

Desde las páginas de *El Censor*, *Mártir o Libre* y *El Grito del Sud*, se realizaron durísimos cuestionamientos y críticas, no solamente a los gobiernos sino también a las personalidades políticas. Hoy día, quienes no admiten el pluralismo y la prensa libre, calificarían a tales escritos como abusos de prensa. Sin embargo, en su momento, y al margen del disgusto que seguramente generaban en las personas que eran objeto de críticas, la tolerancia y el resguardo a las libertades públicas fueron valores preservados por la sociedad.

Describiendo este período, Félix Laiño señala: *“Si bien la prédica de los periódicos, sentenciosa y altanera, dirigía sus dardos contra Rivadavia y sus hombres, no descendía a los extremos de otra prensa ocasional más virulenta aún, que preparó el ambiente para el golpe de San Martín y Alvear que dio por tierra, en 1812, con el Triunvirato, sucesor de la Junta de Mayo. Todas las armas eran permitidas. ¿Había que denostar a Moreno? Se lo presentaba como un neurótico que buscaba fantasmas por la noche alumbrándose con una vela o se flagelaba con gruesas cadenas para purgar supuestos pecados. ¿Había que ridiculizar a Rivadavia? Nada mejor que aludir a su baja estatura y su vientre prominente, descalificándolo además por su conducta, incluso como padre, diciendo que tenía confinado en habitaciones alejadas de su casa a su pequeño hijo, para que no lo molestara con su llanto. Ni San Martín ni Belgrano se salvaban. La voz aflautada de Belgrano era suficiente para dudar de sus atributos viriles, aunque otros los certificaban alegando que había seducido a una niña tucumana, con la que tuvo un hijo, no reconocido. En cuanto a San Martín lo habían bautizado El Rey José por sus inclinaciones en favor de la monarquía como forma de gobierno para la nueva Nación”* (574).

## 206. ENSAYOS CONSTITUCIONALES

En todos los ensayos constitucionales encontramos explícitas referencias a la libertad de prensa aunque, con la salvedad de la Carta de Mayo de San Juan de 1825 y la Constitución de 1826, estableciendo importantes límites para su desenvolvimiento.

El art. 26 del Proyecto de Constitución de la Comisión Especial nombrada en 1812, disponía que el Congreso *“No podrá suspender ni perturbar la libertad de imprenta en los términos expresados en el*

---

(574) FÉLIX LAIÑO, *Periodismo Nacional*, p. 47, ob. cit.

*decreto del 26 de octubre de 1811, que se tendrá por ley constitucional*".

A su vez, el Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica, elaborado en 1812, establecía: Art. 210: *"Todo hombre puede publicar sus ideas libremente y sin previa censura"*. Art. 211: *"El abuso de esta libertad es un crimen: su acusación corresponde a los interesados si ofende derechos particulares, y a todos los ciudadanos, si convoca expreso las Gentes que alteren la tranquilidad pública con algún movimiento popular, o a que desprecien la constitución en alguna parte o en el todo de ella"*. Art. 212: *"El acusado por tales delitos será juzgado por el juicio de jurados, y la tercera parte de los votos en su favor hace sentencia"*. Art. 213: *"Los autores son responsables de sus obras, y los impresores no haciendo constar a quien pertenecen"*.

El Estatuto Provisional del 5 de mayo de 1815 incorporó a su texto el decreto del 26 de octubre de 1811, aunque ampliando su contenido. En la sección séptima, capítulo II, establecía: Art. 1º: *"Se restablece el decreto de la libertad de la imprenta expedido en 26 de octubre de 1811, que se agregará al fin de estos artículos, como parte de este capítulo"*. Art. 2º: *"Para facilitar el uso de la libertad, se declara que todo individuo natural del país o extranjero puede poner libremente imprentas públicas en cualquier ciudad, o villa del Estado con sólo la calidad de previo aviso al Gobernador de la Provincia, Teniente Gobernador y Cabildo respectivos, y que los impresos lleven el nombre del impresor, y lugar donde exista la imprenta"*.

Estas disposiciones fueron reproducidas en el Estatuto Provisional del 22 de noviembre de 1816, al cual se incorporaron dos artículos de carácter general: Art. 3º: *"Los intendentes de policía cuidarán con particular celo, que en los periódicos, y papeles públicos se hable con la mayor moderación, y decoro posibles sin faltar al respeto debido a los magistrados, del público, y a los individuos en particular"*. Art. 4º: *"En el caso que alguno de los periodistas infrinja estos precisos deberes, dichos intendentes, sin perjuicio al derecho del ofendido, lo manifestarán al Tribunal de la libertad de imprenta, que deberá obrar en el examen del hecho con toda escrupulosidad conforme a su instituto"*(575).

El art. 111 de la Constitución de 1819 establecía: *"La libertad de publicar sus ideas por la prensa es un derecho tan apreciable al hombre, como esencial para la conservación de la libertad civil en un Esta-*

---

(575) Estas disposiciones aludían a los periódicos oficiales, uno de los cuales, *La Gazeta de Buenos Aires*, fundado bajo los auspicios de Mariano Moreno, subsistió hasta 1821.

*do: se observarán a este respecto las reglas que el Congreso tiene aprobadas provisionalmente, hasta que la Legislatura las varíe o modifique”.*

A su vez, el art. 161 de la Constitución de 1826 disponía: *“La libertad de publicar sus ideas por la prensa, que es un derecho tan apreciable al hombre, como esencial para la conservación de la libertad civil, será plenamente garantida por las leyes”.*

Las disposiciones sobre libertad de prensa también fueron objeto de regulación provincial, mereciendo destacarse el contenido del art. 4º de la Carta de Mayo de San Juan de 1825. Esa norma prescribía: *“Cada individuo puede pensar, formar juicios, opinar y sentir libremente sobre todos los objetos sujetos a la capacidad de las facultades intelectuales, sin que sea responsable a nadie de su pensamiento o sentimientos: puede hablarlos o callarse sobre ellos, como quiera; puede adoptar cualquier manera de publicarlos y circularlos, y en particular, cada uno es libre de escribir, imprimir o hacer imprimir sin licencia ni previa censura lo que bien le parezca, siempre con la sola condición de no dañar los intereses de otro”.*

En casi todos los casos, se trató de publicaciones efímeras que, respondiendo a las pasiones políticas imperantes, desplegaron fundamentalmente un periodismo de opinión.

## 207. EL DESCONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD DE PRENSA

La legislación vigente hasta la sanción de la Constitución Nacional de 1853/60 siempre contuvo cláusulas que, en mayor o menor grado, impusieron restricciones a la libertad de prensa trabando su libre desenvolvimiento.

Entre ellas, cabe citar la ley del 4 de marzo de 1821, sancionada por la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires bajo el gobierno de Martín Rodríguez, reprimiendo a las publicaciones ofensivas para la decencia pública, para el honor de las autoridades, para las personas de bien sometidas a imputaciones indecentes, groseras y calumniosas, y para tutelar la autoridad de los magistrados mancillada por la burla y la descripción ridícula de sus conductas.

Esa norma fue complementada por la ley que sancionó el 10 de octubre de 1822 la Sala de Representantes de Buenos Aires, que acentuaba las notas restrictivas del decreto de libertad de imprenta emitido el 26 de octubre de 1811.

Asimismo, ampliando las disposiciones de la ley del 10 de octubre de 1822, el 8 de mayo de 1828 la Junta de Representantes sancio-

nó una ley que definía los abusos de la libertad de imprenta: Art. 1º: *"Son abusivos de la libertad de imprenta los impresos que ataquen la religión del Estado, que exciten a sedición, o a trastornar el orden público, o a desobedecer las leyes a las autoridades del país; los que aparezcan obscenos, contrarios a la moral, u ofensivos del decoro y de la decencia pública; los que ofendan con sátiras e invectivas al honor y reputación de algún individuo, o ridiculicen su persona, o publiquen defectos de su vida privada, designándolo por su nombre o apellido o por señales que induzcan a determinarlo, aun cuando el editor ofrezca probar dichos defectos"*. Art. 2º: *"No están comprendidos en el artículo anterior, los impresos que solo se dirijan a denunciar o censurar los actos u omisiones de los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones"*.

A pesar de la última previsión legal, la amplitud del criterio restrictivo para el normal desenvolvimiento de la libertad de prensa allanó el camino para que, por decreto del 24 de diciembre de 1829, aprobado por la Junta de Representantes durante el gobierno de Juan Manuel de Rosas, fueran calificadas con efecto retroactivo y como libelos pasibles de sanciones ciertas publicaciones realizadas desde el 1º de diciembre de 1828. Disponía que *"Se declaran libelos infamatorios y ofensivos de la moral y decencia pública, todos los papeles dados a luz por las imprentas de esta ciudad, desde el 1º de diciembre de 1828 hasta la Convención del 24 de junio último, que contengan expresiones infamantes o en algún modo injuriosas a las personas del finado Gobernador de la Provincia Coronel D. Manuel Dorrego, del Comandante General de la Campaña Coronel D. Juan Manuel de Rosas, de los Gobernadores de las Provincias; de los beneméritos patriotas que han servido a la causa del orden, de los ministros de las naciones amigas, residentes en ésta, o de cualquier otro ciudadano o habitante de la Provincia"* (576).

Poco tiempo después, el 3 de octubre de 1831, se resolvió prohibir la venta de libros y pinturas que fueran calificadas ofensivas para la religión o las buenas costumbres, quedando las calificaciones sujetas a la voluntad de quien entonces detentaba el poder.

Finalmente, por decreto del 1º de febrero de 1832 dictado por Rosas, se prohibió el establecimiento de imprentas o su administración sin la previa y expresa autorización gubernamental. Para fundar la decisión, fueron esgrimidos argumentos que han sido —y son—

---

(576) JORGE M. MAYER, *La evolución del derecho de prensa*, p. 379, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXXVIII, número 31, Buenos Aires 1993.



reiterados por quienes no aceptan el pluralismo y una convivencia en libertad, con aquellos que no participan de sus ideas, costumbres, valores o gustos. Se expresó: *“Que debiendo ser los periódicos públicos antorchas luminosas para poner en claro a los pueblos y a los gobiernos, los caminos de la justicia y verdadera felicidad, se hace con ellos un tráfico vergonzoso, las más veces de interés y lucro convirtiéndolos en temas de discordia y alarma, para encender los ánimos, crear resentimientos, fomentar animosidades, suscitar discusiones, poner a los pueblos en continua agitación, corromper las costumbres y a costa de la moral pública, del honor del país y de la tranquilidad de sus habitantes saciar la avaricia de sus autores”*.

A esta norma se añadió la ley sancionada por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires en octubre de 1833, por la cual se prohibió la publicación de artículos cuyo objeto no fuera científico, literario o mercantil. Aunque, en la práctica, esta limitación no rigió para los periódicos afines al pensamiento político de Rosas.

Las escasas publicaciones que pretendían resguardar una línea editorial independiente, fueron absolutamente prohibidas una vez que, en 1835, se concedió a Rosas la suma del poder público.

Por las vías de hecho y de derecho, había sido prohibida la libre expresión del pensamiento humano (577). Solamente disfrutaba del beneplácito gubernamental la obsecuencia que emanaba de *La Gaceta Mercantil* bajo la dirección de Pedro de Angelis, y la intrascendencia de ciertas publicaciones de contenido frívolo, a pesar de los ideales de sus redactores. Tal el caso del semanario *La Moda*, en cuyas páginas escribieron Juan Bautista Alberdi, Juan María Gutiérrez, Carlos Tejedor, Vicente Fidel López, Carlos Egüía y José Barros Pazos, entre otros.

Tal situación se mantuvo hasta el 28 de febrero de 1852 (578), lapso durante el cual el pluralismo periodístico nacional desapareció completamente.

Sin embargo, el afán por expresar públicamente el pensamiento, con libertad y en un marco de confrontación de ideas, se tradujo en la creación de numerosas publicaciones editadas en el interior del país y en el extranjero.

---

(577) Ya, en septiembre de 1831 y a plena luz del día, fueron quemadas frente al Cabildo obras de Diderot, Raynal, Voltaire y Volney. Cien años después, el nacional socialismo alemán, a igual que todas las autocracias, acudió a un procedimiento similar.

(578) Tras la batalla de Caseros, el 3 de febrero de 1852, el Gobernador Vicente López y Planes dictó un decreto dejando sin efecto las normas sancionadas por el autoritarismo rosista.

## 208. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE PRENSA: ARTÍCULO 14

El art. 14 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes de la Nación gozan de los derechos que enuncia la norma, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, incluyendo entre los mismos el de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa.

Los antecedentes de este texto constitucional se encuentran en el art. 1º del decreto sobre libertad de imprenta dictado el 26 de octubre de 1811, en el artículo 210 del Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica, elaborado en 1812, en el art. 4º de la Carta de Mayo de San Juan de 1825 y en el art. 16 del Proyecto de Constitución de Alberdi (579). Una fórmula similar estaba consignada en la Constitución de Chile de 1833 (580). En cambio, no la encontramos asentada en la Constitución de los Estados Unidos de América, donde la tutela a esa libertad proviene de una interpretación —entre otras— derivada de la Enmienda I que entró en vigencia el 15 de diciembre de 1791 (581).

Si bien el art. 14 incluye a la libertad de prensa entre los derechos individuales, una interpretación sistemática y teleológica de su texto permite inferir que ella supera el marco personal con proyecciones institucionales y estratégicas. Ella abarca toda manifestación del pensamiento por medio de la palabra escrita u oral (582),

---

(579) El Proyecto de Juan Bautista Alberdi establecía que la Constitución garantiza a todos los habitantes, sean naturales o extranjeros, diversas libertades entre las cuales figura la *"de publicar por la prensa sin censura previa"*.

(580) Prescribe *"la libertad de publicar sus opiniones por la imprenta sin censura previa"*. ALBERTO G. PADILLA sostuvo que, en dicha norma, se inspiró Alberdi al redactar el artículo 16 de *Las Bases (En torno a la libertad de prensa*, p. 134, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Epoca años XIV y XV, numero 11, Buenos Aires 1973).

(581) La Enmienda I dispone que *"el Congreso no dictará ley alguna con respecto a la oficialización de determinada religión, o que prohíba el libre ejercicio de la misma; o que restrinja la libertad de palabra o de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a peticionar al gobierno para la reparación de agravios"*.

(582) *"Aunque el texto no lo especifique, debe agregarse también bajo esta garantía, la expresión de las ideas por medio de la palabra oral"* (JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, p. 167, Editorial Estrada, Buenos Aires 1983. El autor cita la opinión de Cooley, expresada en el mismo sentido). JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN dice que se reconoce *"implícitamente en este texto como es obvio, también la libertad de la palabra oral. No sería posible interpretarlo de otro modo sin caer en el absurdo"* (*Curso de Derecho Constitucional*, p. 208, Editorial Kraft, Buenos Aires 1960). En igual sentido, MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, p. 626, ob. cit.

o por cualquier otro procedimiento técnico que permita su exteriorización pública y abierta (583).

La Constitución no se limita a reconocer esta libertad sino que, además, le asigna una protección particular al disponer que está vedada la censura previa. Y esta protección se hace efectiva con prescindencia del carácter político, religioso, cultural, económico o comercial que puedan tener las ideas emitidas.

Conforme a aquella interpretación sistemática y teleológica, la protección constitucional frente a la censura previa no se limita a las ideas propiamente dichas. Ella se extiende a toda manifestación o expresión de hechos ya sea en forma oral o a través de imágenes que, en definitiva, y en mayor o menor grado, son expresiones rudimentarias o profundas de ideas.

Dentro del género de las libertades individuales que establece el art. 14, el ejercicio de la libertad de prensa debe concretarse de conformidad con las leyes reglamentarias. No es una libertad absoluta, sino una libertad que, si bien no puede ser objeto de censura, hace pasible a quien la ejerce de las sanciones previstas por las leyes, cuando se aparta del cauce razonable previsto en la norma reglamentaria.

De todos modos, las normas reglamentarias de la libertad de prensa encuentran su límite en el art. 28 de la Constitución, que descalifica a aquellas disposiciones cuando su contenido altera o desnaturaliza las libertades constitucionales. Se trata de una cuestión de hecho que debe ser objeto de análisis en cada caso concreto. Además, en caso de duda, la solución debe ser favorable a la libertad de prensa por aplicación de la regla *in dubio pro libertate*, que rige la interpretación constitucional de las libertades y garantías.

Estas limitaciones, generadas por las normas reglamentarias, en principio sólo son viables bajo la óptica individual de la libertad de prensa, pero no cuando ella se proyecta al plano institucional o estratégico. En tal caso, aquellas limitaciones deben ser objeto de una interpretación mucho más restrictiva que cuando, la libertad de prensa, se proyecta en su dimensión individual.

---

(583) SEGUNDO LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. IV, p. 427, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires 1977/1988.

## 209. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE PRENSA: ARTÍCULO 32

En su art. 32, la Constitución Nacional dispone que el Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

Esta disposición, que no estaba contenida en el texto constitucional de 1853, fue una de las reformas más importantes introducidas por la Convención Constituyente de 1860, y propuesta por la Convención de la provincia de Buenos Aires (584).

En la sexta sesión ordinaria de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución Federal, realizada el 1 de mayo de 1860, fueron expuestos los fundamentos de la reforma propiciada. La información estuvo a cargo de Vélez Sarsfield, quien expresó: *"Voy a exponer los motivos de esta reforma, ya que no lo hacen los que la han propuesto. La reforma importa decir que la imprenta debe estar sujeta a las leyes del pueblo en que se use de ella. Un abuso de la libertad de imprenta nunca puede ser un delito, diré así, nacional. El Congreso dando leyes de imprenta sujetaría el juicio a los tribunales federales, sacando el delito de su fuero natural. Si en una provincia como Buenos Aires, no hubiera leyes de imprenta o los abusos de ellas fueron sólo castigados por el juez correccional, como otra cualquiera injuria, ¿por qué daríamos facultad al Congreso para restringir la libertad de imprenta, darle otra pena a los delitos de imprenta, o imponer a los diarios restricciones o gravámenes que hicieran dificultosa su existencia? 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 un pueblo elige sus representantes no se esclaviza a ellos, no pierde el derecho de pensar o de hablar sobre sus actos; esto sería hacerlos irresponsables. El puede conservar y conviene que conserve el derecho de examen y de crítica para hacer efectivas las medidas de sus representantes y de todos los que administran sus intereses. Dejemos, pues, pensar y hablar al pueblo y no se lo esclavice en sus medios de hacerlo"*.

Añadía que *"El pueblo necesita conocer toda la administración, observarla, y aún diré dirigirla en el momento que se separe de sus deberes, o para indicarle las reformas o los medios de adelanto, como sucede todos los días. Hoy es sabido en el mundo que los mayores ade-*

---

(584) Su fuente directa es la Enmienda I de la Constitución de los Estados Unidos de América.

*lantamientos materiales y morales de los pueblos son debidos a la prensa, al pensamiento de los hombres que no están empleados en la administración. Nosotros mismos somos testigos. La prensa ha indicado mil veces y aun ha exigido las mayores reformas en la administración y ha propuesto y ha discutido las leyes más importantes. Sobre todo, sin la absoluta libertad de imprenta, no se puede crear hoy el gran poder que gobierna a los pueblos y dirige a los gobernantes: la opinión pública. Sólo la libre discusión por la prensa, puede hacer formar el juicio sobre la administración o sobre los hechos políticos que deban influir en la suerte de un país. Sólo también por medio de la libertad de imprenta puede el pueblo comprender la marcha de la administración. No basta que un gobierno de cuenta al pueblo de sus actos; sólo por medio de la más absoluta libertad de imprenta puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o la responsabilidad de los poderes públicos. El pueblo entonces con pleno conocimiento de la administración crea como siempre sucede, un medio de adelantamiento, o el medio de evitarse un mal”.*

*Agregaba que “Se dirá que los abusos de la imprenta traen trastornos sociales. Pero trastornos sociales se llaman muchas veces al renacimiento de la libertad en un pueblo, por la consagración de los derechos individuales. Las más veces equivocamos el mal social con el mal individual, creemos que la injuria a una persona es la injuria a la sociedad y que el deshonor de un hombre es un mal social, y por eso tantas veces se habla contra la libertad de imprenta. Mas los particulares tienen el remedio para este desorden, que sólo a ellos toca, en los tribunales ordinarios”.*

*En el informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal presentado a la Convención del Estado de Buenos Aires el 3 de abril de 1860, se destacó que “Siendo la palabra escrita o hablada, uno de los derechos naturales de los hombres que derivan de la libertad de pensar, él se halla comprendido entre los derechos intransmisibles de que se ha hablado. La sociedad puede reglamentar y aun reprimir el abuso; pero esa reglamentación y esa represión es privativa de la soberanía provincial; es decir es privativa de la sociedad en que el abuso se comete, y a la cual puede dañar inmediatamente, ya sea a toda ella en su conjunto, ya a los individuos aisladamente. Aún considerando los abusos de la palabra escrita como verdaderos delitos (que en realidad no son sino actos dañosos a la sociedad), ellos no podrían caer bajo la jurisdicción nacional, como no caen los delitos comunes, y sería un contrasentido que fuese tribunal nacional un jurado de imprenta, y no lo fuese un juzgado civil o criminal. Del contexto de la Constitución no resulta que tal haya sido su suerte, pero entendiéndose generalmente, de otra manera por los publicistas argentinos que concurrieron a su confección, teniendo el Congreso, por*

*el inciso 11 del artículo 64 (585), la facultad de dictar leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados, y existiendo precedentes (aunque no de un carácter legal), que hacen presumible una intervención indebida del gobierno federal, en materia tan privativa de la soberanía provincial, es prudente precaverse contra tales probabilidades, como lo hicieron los estados de Norte América en las enmiendas que presentaron al Congreso”.*

Los antecedentes que motivaron la incorporación del art. 32 de la Constitución, así como también los fundamentos expuestos para la inserción de la Enmienda I en la Constitución de los Estados Unidos, revelan que la libertad de prensa fue objeto de una particular consideración por parte de los constituyentes. Estimaron insuficiente la cláusula del art. 14 para tutelar aquella libertad en su proyección institucional, y resolvieron vedar al Congreso la posibilidad de sancionar una legislación restrictiva (586). Las bondades que eventualmente pueda presentar una ley restrictiva fueron consideradas inferiores a las desventajas que podrían emanar de ella.

Como la interpretación auténtica de una cláusula constitucional no es sinónimo de la voluntad del constituyente ni de los argumentos que pudo haber expuesto para fundamentar su sanción, el análisis racional y sistemático del art. 32 conduce también a negar a las legislaturas provinciales la facultad de dictar leyes restrictivas de la libertad de prensa. Si la finalidad del artículo 32 es la de fortalecer la protección dispensada para la libertad de prensa, ella resultaría desvirtuada si se les permitiera a las provincias restringir esa libertad.

La prohibición de sancionar leyes restrictivas que contempla el art. 32 significa que no se pueden dictar normas jurídicas específica y únicamente aplicables al ejercicio de la libertad de prensa y al desenvolvimiento de las empresas periodísticas. La actividad de la prensa

---

(585) Texto original de la Constitución de 1853. Es el actual artículo 75, inciso 12.

(586) Interpretando esta cláusula constitucional, JOAQUÍN V. GONZÁLEZ decía que ella importaba *“dejar el poder de dictar las leyes que reglamenten su ejercicio a los gobiernos de las Provincias. Resulta de esta restricción de los poderes del Congreso sobre la prensa, que se ha querido establecer para la Nación un gobierno de opinión y de examen, consecuente con su origen popular, y las faltas o delitos que por medio de la prensa se cometen deben ser juzgados según la ley común en cada Provincia. En uso de su soberanía exclusiva para legislar sobre imprenta, las constituciones de las Provincias la han garantido contra legislaciones restrictivas, y han establecido, por regla general, el jurado como forma de enjuiciamiento por los abusos que por su intermedio se cometan, admitiendo la prueba de la imputación contra funcionarios públicos”* (Manual de la Constitución Argentina, p. 171, Editorial Estrada, Buenos Aires 1983).

y el ejercicio de la libertad de prensa, pueden ser objeto de una reglamentación razonable, tal como lo dispone el art. 28 de la Constitución.

A su vez, toda reglamentación importa, en cierto modo, una restricción. De manera que la integración armónica de tales preceptos conduce a la conclusión de que son inadmisibles las regulaciones específicas para la libertad de prensa. Pero sí son viables aquellas que, debido a su carácter genérico, se extienden a las restantes libertades del hombre. No pueden tener validez los llamados delitos de prensa y los actos ilícitos civiles de prensa, pero si la comisión de tales delitos o actos puede concretarse por otros medios, no existen reparos constitucionales para que la legislación reglamentaria se extienda a la prensa. Otro tanto acontece con las cargas impositivas, las leyes laborales y la legislación administrativa. Su aplicación a la actividad de la prensa sólo reviste validez constitucional cuando es genéricamente aplicable a otras actividades.

## 210. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE PRENSA: ARTÍCULO 1º

Las referencias constitucionales, expresas o implícitas, sobre la libertad de prensa, no se agotan en los arts. 14 y 32. Existen otros preceptos constitucionales que complementan la caracterización y naturaleza constitucional de esta libertad.

Entre ellas, cabe citar al art. 1º de la Constitución Nacional que establece la forma representativa, republicana y federal de gobierno.

La forma representativa y republicana, en su concepción tradicional, importa asignar al pueblo la titularidad del poder y su participación en la conducción gubernamental. Para ello, entre otros requisitos, se exige la vigencia de la libertad de prensa para que los actos del gobierno sean públicos y queden sujetos al control de los gobernados. Control que requiere una previa información y la efectiva posibilidad de formular críticas.

Si bien la Constitución se enrola en el movimiento constitucionalista, adoptando un sistema político democrático constitucional que reconoce al pueblo la titularidad del poder, la organización de ese poder en orden a su ejercicio es de carácter representativo.

Así lo establece el art. 1º, y lo reitera el art. 22 al disponer que el pueblo no delibera ni gobierna en forma directa sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución. Tal es

el principio general, cuyas únicas excepciones son las formas de democracia semi directa incorporadas por los arts. 39 (derecho de iniciativa) y 40 (consulta popular), cuyos ámbitos de aplicación delimitados por la Ley Fundamental son de interpretación restrictiva y no alteran la esencia del gobierno representativo.

El gobierno republicano y representativo acarrea la responsabilidad de los gobernantes ante su mandante y el deber de rendir cuentas de su gestión (587). Para hacer efectiva esa responsabilidad y la rendición de cuentas, ya sea por vía legal o mediante el control pluralista, es necesario que sus actos sean públicos. Y esa publicidad sólo es posible a través del libre funcionamiento de los medios técnicos de comunicación social.

Esta conformación gubernamental presupone el deber de los gobernantes de informar y el derecho de los ciudadanos a acceder a esa información. A ello se añade, como consecuencia de la representación, el derecho de los ciudadanos para emitir opiniones sobre el comportamiento de sus representantes, y para que ellas se tornen públicas mediante la prensa, tanto las referentes a su vida pública como privada.

## 211. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE PRENSA: ARTÍCULO 33

En este marco de análisis, merece una consideración particular el art. 33 de la Constitución que fue incorporado con motivo de la reforma de 1860. Establece que *"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"*. Su fuente es la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos (588).

Si bien la norma carece de una referencia expresa sobre la libertad de prensa, la circunstancia de haber sido incorporada y debatida simultáneamente con el art. 32, le asigna un matiz institucional que refuerza el igual contenido asignado a esta última disposición.

---

(587) JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, p. 270, Ed. Estrada, Buenos Aires 1983.

(588) La Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos establece que *"la enumeración de ciertos derechos contenidos en la Constitución no será interpretada como negación o restricción de otros, retenidos por el pueblo"*.



En la sesión del 1° de mayo de 1860, de la Convención del Estado de Buenos Aires, le correspondió a Domingo F. Sarmiento informar sobre las razones que habían impulsado a propiciar la incorporación del art. 33 destacando, entre otros conceptos, que *“todas las constituciones han repetido esta cláusula como indispensable para comprender en ella todas aquellas omisiones de los derechos naturales, que se hubiesen podido hacer, porque el catálogo de los derechos naturales es inmenso”*.

Destacando la relación entre los contenidos de los arts. 32 y 33, en el informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal, se expresó: *“Siendo la palabra escrita o hablada, uno de los derechos naturales de los hombres que derivan de la libertad de pensar, él se halla comprendido entre los derechos intransmisibles de que se ha hablado”*.

En igual sentido, en el número 6° de *El Redactor* se resaltó, con referencia al art. 33, *“Que esta declaración servía para fijar la interpretación de la Constitución misma, por sus principios fundamentales y objeto contra los que querrían suponer que la letra autoriza a restringir una libertad, o que lo que en la Constitución no está expresamente dicho, no es constitucional, ni tiene valor legal; con lo cual se pervierte el espíritu, y se falsea el fin que consultan las constituciones”*, agregando a continuación y con referencia al art. 32, *“Que estos mismos principios habían aconsejado sustraer a la acción del Congreso de los Estados Unidos, la legislación de la prensa, para asegurar así a la libertad de pensar un derecho anterior y superior a toda constitución”*.

Tales documentos clarifican la interpretación del art. 33 de la Constitución, en orden a que no alude solamente a los derechos naturales de los individuos, sino también a los derechos de la sociedad resultantes del principio básico de la soberanía política y que, la libertad de prensa, en su proyección institucional y estratégica, constituye uno de los derechos retenidos por los pueblos que le permiten a los individuos y grupos sociales, mediante la vigencia del pluralismo, ejercer un control vertical sobre el ejercicio del poder estatal.

## **212. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE PRENSA: ARTÍCULO 43**

La Convención reformadora de 1994 introdujo el art. 43 de la Ley Fundamental, asignando jerarquía constitucional a las garantías del amparo y hábeas corpus.

En rigor, esa jerarquía ya había sido reconocida antes de la reforma. La del hábeas corpus como consecuencia de una interpretación semántica y sistemática del art. 18 de la Constitución, que se tradujo en la sanción de leyes reglamentarias cuyos contenidos reproduce el art. 43. La garantía del amparo, merced a la interpretación finalista de la Constitución realizada por la Corte Suprema de Justicia en los casos "Siri" (589) y "Kot" (590) que, a su vez, se tradujo en la sanción de leyes reglamentarias que regulan el amparo contra actos de la autoridad pública y actos de los particulares.

El párrafo tercero del art. 43 incluye en el ámbito de la garantía del amparo al instituto denominado hábeas data. Consiste en la facultad otorgada a toda persona de tener conocimiento sobre sus datos personales obrantes en registros o bancos de datos públicos o privados, y de las razones que motivaron la incorporación de esos datos personales.

En el caso de los registros o bancos de datos privados, el ejercicio de la acción de amparo se limita a aquellas entidades que realizan la recopilación de datos para proveer informes a terceros.

En todos estos casos, los interesados tienen derecho a conocer tales datos y a solicitar su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización cuando ellos son falsos o discriminatorios.

Sin embargo, la Constitución limita el ejercicio del hábeas data cuando el banco de datos pertenece a una empresa periodística o a un periodista individual, al establecer expresamente que no podrá afectar el secreto de las fuentes de información periodística.

Esta cláusula, que habría sido incorporada por iniciativa del convencional Antonio Hernández, y a tenor de su fundamentación, no se limita al ámbito de la acción del hábeas data sino que, a fin de evitar la autocensura y preservar la credibilidad del periodista ante sus fuentes informativas, lo faculta a no revelar el origen de los datos obtenidos lícitamente en el ejercicio de su profesión (591).

La cláusula del art. 43 de la Constitución, al margen de vedar explícitamente el ejercicio de la acción de hábeas data cuando su ejercicio afecte el secreto de las fuentes de información periodística, proyecta su tutela sobre los bancos de datos periodísticos.

---

(589) Fallos CS 239:463.

(590) Fallos CS 241:296.

(591) En igual sentido se expresa SILVINA G. CATUCCI, *Libertad de prensa - Calumnias e injurias*, p. 99, Ediar, Buenos Aires 1995.

En el seno de la Convención reformadora de 1994 el convencional Iván Cullen expresó que, *"También observo con complacencia que ha sido expresamente preservado el secreto de las fuentes de información periodística. Como todos sabemos, esto es esencial para mantener y preservar la libertad de prensa, sin cuya irrestricta vigencia no existe posibilidad alguna de Estado de derecho en un sistema republicano"* (592).

En el curso de su extensa fundamentación, el convencional Antonio Hernández, entre otros conceptos, destacó: *"Del sistema de valores y creencias de nuestra Constitución emerge una clara filosofía política que hace de la República uno de los fundamentos esenciales de la argentinidad. Como un concepto íntimamente ligado a la misma aparece la cuestión de la libertad de prensa. La naturaleza de la libertad de prensa es de un carácter institucional y estratégico, como dice Gregorio Badeni. Además, siguiendo al tribunal constitucional federal alemán podríamos decir que tiene un carácter constituyente para el ordenamiento básico democrático liberal. También vamos a citar al luminoso voto del juez Black, de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el famoso caso "New York Times vs. United States", donde dijo: "la prensa está para servir a los gobernados, no a los gobiernos, se la protege para que pueda desnudar los secretos del gobierno e informar al pueblo. Sólo una prensa libre y sin restricciones puede exponer las imposturas del gobierno"*.

Concluyó su exposición indicando: *"Estamos analizando una incorporación sumamente trascendente en la Constitución Nacional. La libertad de prensa ya estaba garantizada en los artículos 14 y 32 de la Carta Magna, pero creemos que con esta garantía que integra la libertad de prensa damos un paso muy firme en este mismo sentido. Debemos hacerlo en el seno de esta Convención como un homenaje al primer constitucionalista y también al primer periodista argentino. No fue casualidad que el doctor Mariano Moreno defendiese al mismo tiempo la idea de la organización constitucional de la República y la libertad de prensa. Por ello, la frase que simboliza el pensamiento del numen inmortal de la Revolución de Mayo es precisamente ésta con la que quiero terminar mis palabras: "Prefiero una libertad peligrosa a una servidumbre tranquila"* (593).

La interpretación expuesta en el seno de la Convención es compartida por Quiroga Lavié (594). Coincidimos con su opinión en or-

---

(592) *Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994*, p. 5912, t. VI, Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires 1997.

(593) *Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994*, t. VI, p. 5916.

(594) HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, p. 264, Ed. Zavalla, Buenos Aires 2000.

den a que, la intangibilidad del secreto profesional, libera al periodista de responsabilidad por el delito de encubrimiento. Pero, cuando el periodista decide no revelar su fuente informativa, asume a título personal la responsabilidad por las expresiones ilícitas civiles o penales que emita.

De tal manera, se fortalece la protección al suministro de datos informativos a los periodistas por terceros quienes, en caso contrario, estarán expuestos a represalias o responsabilidades que los inducirán a no aportar aquellos datos, con la consiguiente lesión para el derecho a la información de la ciudadanía, especialmente sobre temas de relevante interés público.

Tales conclusiones fueron debidamente valoradas en 1971 por la Suprema Corte de los Estados Unidos cuando, al resolver el caso "*New York Times vs. United States*" (595), rechazó el pedido gubernamental para que no se publicaran documentos militares reservados concernientes a la guerra de Vietnam, que llegaron al conocimiento del director de un diario, y para que se revelara la fuente de información. En un tema tan delicado para la seguridad del Estado, los jueces Black y Douglas destacaron que "*En la Primera Enmienda los Padres Fundadores le brindaron a la libertad de prensa toda la protección necesaria para el desarrollo de su rol esencial en nuestra democracia. La prensa está para servir a los gobernados y no a los gobernantes. El poder del gobierno para censurar la prensa fue abolido para que ella pudiera permanecer libre de la presión gubernamental. La prensa fue protegida al punto de poder acceder a los secretos del gobierno e informar al pueblo. Solamente una prensa libre y sin restricciones puede efectivamente exponer el funcionamiento del gobierno*".

Corresponde destacar que, la ley 25.326 reglamentaria del hábeas data, dispone en su art. 1º que, con motivo de la aplicación de esa normativa, "*En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas*".

### 213. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE PRENSA: ARTÍCULO 68

En el art. 68, cuya fuente es el art. 41 del Proyecto de Alberdi quien, a su vez, se inspiró en el art. 1º, sec. 6ª, de la Constitución de los Estados Unidos, se confiere una absoluta libertad de expresión a los legisladores con motivo del ejercicio de sus funciones. Establece que

---

(595) 403 U.S. 713 de 1971.

los miembros del Congreso no pueden ser acusados, interrogados judicialmente, ni molestados por las opiniones o discursos que emitan en el desempeño de sus mandatos.

Si los legisladores estuvieran desprovistos de esta prerrogativa, los debates y discusiones suscitados en el tratamiento de los innumerables temas que competen al Congreso carecerían de efectividad. El funcionamiento del órgano legislativo no estaría amparado con las garantías suficientes para afirmar su independencia.

La prerrogativa alcanza a las expresiones vertidas tanto dentro como fuera del recinto del Congreso. Lo que resulta indispensable es que esté ligada con las funciones que desempeña el legislador porque la prerrogativa no es de índole personal sino funcional. Por ende, los agravios vertidos por un legislador en el ejercicio de la libertad de expresión, que no guardan relación alguna con la función legisferante, no están amparados por la cláusula constitucional.

La inmunidad abarca a toda expresión del pensamiento, cualquiera sea su forma de manifestación. Puede ser efectuada oralmente, por escrito, mediante gestos o actitudes. Su exteriorización puede ser efectuada de manera directa o a través de un medio técnico de comunicación social.

La emisión de expresiones agraviantes o constitutivas objetivamente de hechos delictivos o de actos ilícitos civiles, no puede traer aparejada la sustanciación de procesos penales o civiles contra el legislador.

Asimismo, una vez concluido el mandato, el legislador tampoco puede ser sometido a procesos penales o civiles por las expresiones que emitió mientras ejerció el cargo representativo.

No se trata de un privilegio personal, sino de una prerrogativa institucional cuyo propósito es el de evitar que se obstruya la actuación de los legisladores. Por tal razón, los legisladores no pueden renunciar a esa prerrogativa.

Algunos prestigiosos juristas estiman que la prerrogativa del art. 68 de la Constitución no ampara al legislador para calumniar o injuriar impunemente (596). Esto es absolutamente cierto en tanto y en cuanto esas injurias o calumnias no guarden relación alguna con la función del legislador. Pero en los restantes casos, y sin perjuicio de

---

(596) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. IX, p. 346, ob. cit.; GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II, p. 95, ob. cit.

la sanción disciplinaria que pueda aplicar la cámara a la que pertenezca el legislador, no podrá ser responsabilizado civil o penalmente por sus expresiones, aunque ellas sean desmedidas, falsas o manifiestamente improcedentes.

Tal ha sido el criterio seguido por la Suprema Corte de los Estados Unidos (597) y, con mayor amplitud, por nuestra Corte Suprema de Justicia (598).

Es el único caso en que la libertad de prensa reviste carácter absoluto, el cual se extiende al periodista o medio de prensa que reproduce las manifestaciones del legislador con motivo de la inmunidad acordada al mismo, y siempre que esas expresiones no se adopten como propias por el medio de prensa.

## 214. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE PRENSA: ARTÍCULO 83

El art. 83 dispone que, en caso de ser vetada una ley, se deberán publicar inmediatamente por la prensa las objeciones del Poder Ejecutivo, y los nombres y fundamentos expuestos por los legisladores que participen en las votaciones en ambas Cámaras del Congreso. La inclusión de este artículo fue objeto de debate en la sesión del 29 de abril de 1853 de la Convención Nacional Constituyente.

Cuestionando la publicidad que prevé esa norma, el convencional Juan Francisco Seguí expresó que *"con aquella publicación se sujetaba a los diputados a compromisos individuales que pudiesen relajar la fuerza de sus votos; que él hablaba en nombre de las pasiones"*

---

(597) *"Kilbourn vs. Thompson"* (103 U.S. 204 de 1881); *"Tenney vs. Brandhove"* (341 U.S. 367 de 1951). En el caso *"Long vs. Ansell"* (293 U.S. 76 de 1934), la Suprema Corte limitó la extensión de la prerrogativa a las expresiones vertidas en el recinto del Congreso o en las salas de las comisiones, pero no a las manifestaciones efectuadas en una radio o estación de televisión o en un libelo destinado a ser distribuido públicamente.

(598) El ámbito físico para la prerrogativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no se ajusta a la limitación impuesta por la Suprema Corte de los Estados Unidos. Entre otros casos, la prerrogativa fue reconocida en *"Fiscal c. Benjamín Calvete"* del 19 de septiembre de 1864 (Fallos CS 1:300); *"Mario Martínez Casas"* (Fallos CS 248:462 del 25 de noviembre de 1960); *"Ángel Solari c. Agustín Rodríguez Araya"* (Fallos CS 248:473 del 25 de noviembre de 1960). En este último caso, la Corte destacó que la Constitución Nacional, en su artículo 68, establece una irresponsabilidad penal para los legisladores equivalente a una inmunidad. También fue admitida en los casos registrados en Fallos CS 315:1470 y 317:1814.

humanas y por lo que la experiencia nos enseña diariamente; que si era verdad que la inviolabilidad de los representantes los excusaba de los medios directos que pudiese emplear contra ellos el poder, no podría preservarlos de aquellos indirectos más temibles aún y que serían el resultado de tales votaciones nominales; que se había dicho y repetía que en toda disposición era necesario tener en cuenta las debilidades humanas, en cuyo nombre hablaba; que para salvar este inconveniente, creía mejor que, estableciéndose en el artículo en cuestión que se exigiese una mayoría de dos tercios de votos, no se reclamase que fuesen votos nominales ni pasasen a la prensa. Que la expresión de la mayoría de dos tercios constaría en el acta, así como el voto del diputado que, fuerte en sus convicciones, hubiese querido tomar la palabra para emitir su voto con firmeza y sin miedo; y finalmente; que proponía esta modificación sin ánimo de insistir sobre ella, ni dejar de votar por el artículo, aun cuando fuese rechazado”.

Como miembro informante de la comisión, Benjamín Gorostiaga contestó tales argumentos diciendo que la finalidad de la publicación por la prensa *“había sido establecer una especie de equilibrio entre ambos poderes, en lo tocante a la ejecución y sanción de las leyes; que el artículo en cuestión concede al poder ejecutivo un veto, pero limitado; puesto que un proyecto de ley que él rechaza, aún puede ser sancionado y ejecutado sin su asentimiento, y que para que esto no ocasioné un conflicto, era necesario una nueva revisión del proyecto, una mayoría de dos tercios de ambas cámaras y la publicación de los votos de los diputados, los nombres de éstos y los fundamentos y razones que habían tenido para obrar en favor del proyecto desechado”*. Compartiendo esa opinión, el convencional Zapata agregó *“Que la publicación es como una garantía dada al país respecto de los motivos y razones que habían pesado en el ánimo de los legisladores; una garantía de haber obrado bien, puesto que cada uno lleva sobre sí la responsabilidad de sus opiniones”*.

Finalmente, Juan María Gutiérrez sostuvo *“que siendo independientes los poderes y marcados sus límites, cuando llegan los conflictos, deben presentarse ambos fuertes, ambos responsables, personificarse en cierto modo. Que, si el ejecutivo tiene prensa para ilustrar sus ideas, las cámaras por un medio más perentorio deben manifestar también la razón por que dictan sus resoluciones”*.

Las disposiciones contenidas en los arts. 1° y 83 de la Constitución determinan que las normas jurídicas no pueden alterar las relaciones sociales y los derechos subjetivos hasta tanto no sean publicadas oficialmente. Si bien, en algunos supuestos, sus efectos pueden ser retroactivos, la vigencia de la norma presupone su publicación.

A este principio republicano también respondía el art. 85 de la Constitución antes de su derogación por la Convención reformadora de 1994, según el cual *"La elección del presidente y vicepresidente de la Nación debe quedar concluida en una sola sesión del Congreso, publicándose en seguida el resultado de ésta y las actas electorales por la prensa"*.

### 215. LA LIBERTAD DE PRENSA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Los tratados que cita el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental, contienen diversas disposiciones referentes a la libertad de prensa. Algunas de ellas, a la luz de una interpretación semántica, amplían el concepto de libertad de prensa tal como está expuesto en la Constitución aunque, a nuestro entender, tales ampliaciones ya estaban contempladas en la Ley Fundamental sobre la base de una interpretación teleológica, sistemática y dinámica de sus preceptos.

Sin embargo, algunas de las cláusulas de tales tratados contienen disposiciones que restringen la tipificación de la libertad de prensa resultante del articulado de la Constitución, de manera que resulta necesario determinar si esas disposiciones prevalecen o están subordinadas a las cláusulas de la Ley Fundamental. Nosotros entendemos que, por aplicación de los arts. 27 y 31 de la Constitución, tales disposiciones carecen de validez.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948, no tiene disposiciones específicas referidas a la libertad de prensa o a la libertad de expresión pública a través de medios técnicos de comunicación social.

Sin embargo, algunos de sus artículos se refieren a ella de manera implícita.

Así, el art. III establece que toda persona no solamente tiene derecho a profesar libremente una creencia religiosa, sino también de manifestarla y practicarla en público y en privado. Esa manifestación en público, cuando se efectúa a través de un medio técnico de comunicación social, queda amparada por la convención internacional.

El art. IV dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de investigar, opinar, expresar y de difundir su pensamiento por cualquier medio. Conforme a esta cláusula, el objeto de la tutela norma-



tiva es el pensamiento y su expresión, la cual se proyecta sobre los medios técnicos de comunicación social cuando ellos son utilizados a tal fin.

Finalmente, el art. XXVIII establece el criterio para la reglamentación de los derechos. Dispone que los derechos de cada hombre, están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 mediante la Resolución 217-A.

A igual que la anterior, reconoce a toda persona la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y la de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado (art. 18).

Añade que toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, sin que pueda ser molestado a causa de sus opiniones. Ese derecho también incluye el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión (art. 19). En esta cláusula se advierte la inexistencia de una distinción entre los medios técnicos de comunicación social, resultando aplicable tanto a la prensa escrita como a los llamados medios electrónicos de comunicación y a los que, en el futuro, genere la creatividad humana.

El art. 29 dispone que, en el ejercicio de sus derechos, toda persona está sujeta solamente a los límites establecidos por la ley para asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue celebrada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. El 1° de marzo de 1984 fue aprobada por la ley 23.054, y el 14 de agosto de 1984 el Poder Ejecutivo ratificó la Convención.

El art. 13 de la Convención establece, bajo el título de libertad de pensamiento y de expresión, que: *"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulterio-*

res, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquiera otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

El art. 14 establece el tan controvertido derecho de rectificación o respuesta, también conocido como replicato compulsivo y mal llamado derecho de réplica. Dispone: “1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes 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. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

La extensión de este derecho únicamente a los medios de difusión “legalmente reglamentados”, consideramos que excluye su aplicabilidad a los que carecen de esa regulación. Cabe entender que sólo están comprendidos los medios que son de propiedad estatal o aquellos cuyo funcionamiento está sujeto a una licencia administrativa. Sin embargo, no es la interpretación aceptada por la mayoría de la doctrina.

Estas cláusulas de la Convención, a igual que las restantes, deben ser interpretadas de acuerdo con su art. 29. Establece que las disposiciones de la Convención no pueden ser restringidas por las disposiciones del derecho interno de los Estados por la circunstancia de no estar previstas en el mismo, pero que tampoco pueden restringir los derechos reconocidos con mayor amplitud por el derecho interno.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fue aprobado por la Ley 23.313 publicada el 13 de mayo de 1986. Si bien carece de referencias explícitas a la libertad de prensa o de expresión a través de los medios técnicos de comunicación social, contiene algunas disposiciones que son aplicables a los mismos.

Así, el art. 5º, inc. 2, establece que no podrá admitirse restricción o menoscabo a ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en los países en virtud de sus leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, con el pretexto de que el Pacto no los reconozca o lo haga en un grado menor. Se trata de una regla de interpretación similar a la contenida en el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por su parte, el art. 15 reconoce a toda persona el derecho de gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, y que correspondé respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. Cláusula que es plenamente aplicable a los progresos tecnológicos que se experimentan en materia de comunicación social.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a igual que el anterior, fue aprobado por la Ley 23.313.

En su art. 18 reconoce la libertad de pensamiento. Pero es, en el art. 19, donde encontramos una referencia expresa a la materia de nuestro trabajo.

Establece que: *"1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párr. 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas"*.

El art. 20 contiene una restricción a esa libertad al disponer que: *"1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley"*.

La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial fue aprobada por la ley 17.722 sancionada por el gobierno de facto el 26 de abril de 1968.

Con el objeto de alcanzar su objetivo, contiene algunas disposiciones que pueden resultar restrictivas para la libertad de prensa. El art. 4º declara como acto punible, conforme a la ley respectiva, toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial y toda incitación a la discriminación racial.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, fue aprobada por la ley 23.849 publicada el 22 de octubre de 1990.

En su art. 1º define al niño como todo ser humano menor de 18 años de edad. Sin embargo, en la ley 23.849 se formuló la reserva en orden a que, para la República Argentina, *"se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad"*. Esta reserva es coherente con el art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que determina el comienzo de la vida a partir del momento de la concepción.

El art. 12 de la Convención dispone que los Estados garantizarán al niño el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten a los menores de 18 años de edad. Con mayor precisión, el art. 13 establece: *"1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas"*.

El art. 17, con referencia a los medios técnicos de comunicación social, establece: *"Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes: a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del art. 29; b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa"*

*información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales; c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños; d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena; e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los arts. 13 y 18".*

Aplicando las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene resuelto que constituye una violación a su art. 13 la condena penal impuesta a un periodista que se limitó a reproducir parcialmente la información publicada en medios de prensa extranjeros sobre supuestos delitos cometidos por un diplomático local, con sustento en que no había probado la veracidad de los hechos citados por esas fuentes externas. Tal exigencia entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión al producir un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor sobre los periodistas, impidiendo el debate público sobre temas de interés de la sociedad. Agregó que el umbral de protección frente a los medios de prensa de que goza un funcionario público, si bien existe, tiene un alcance inferior que el del ciudadano común. Ello obedece a que el primero tiene un deber ético y jurídico frente a la sociedad a la que sirve. Sobre tal base, la Corte ordenó al Estado de Costa Rica para que dejara sin efecto la sentencia dictada por su tribunal superior de justicia respecto a la autoría del condenado, la imposición de la pena, la condena civil resarcitoria y la imposición de costas (599).

La Corte entendió que también se violaba el art. 13 de aquella Convención, con motivo de la sustanciación de un proceso penal por más de ocho años contra un candidato electoral que fue querrellado por injurias y difamación debido a las opiniones que manifestaron durante la campaña política contra un adversario. Agregó que las expresiones sometidas al escrutinio público concernientes a quienes se postulan para ocupar un cargo público, así como aquellas relativas a asuntos de interés público en los cuales la sociedad tiene interés legítimo en ser informada, deben gozar de un margen de apertura a un debate amplio. Al margen de considerar que importaba una denegación de justicia el hecho de que el juicio durara ocho años sin que se dictara una sentencia definitiva, añadió que en las instancias judiciales inferiores se había violado el derecho a la

---

(599) Caso "Herrera Ulloa c. Costa Rica", resuelto el 2 de julio de 2004; LA LEY, 2005-B, 497.

presunción de inocencia porque la condena se basó sobre una presunción de dolo del imputado que éste debía desvirtuar aportando las pruebas pertinentes (600).

### **216. ACTA DE CHAPULTEPEC Y LA DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Si bien no se trata de una convención internacional, este documento presenta la particularidad de reflejar el pensamiento dominante en el continente americano sobre los alcances y límites de la libertad de prensa.

Fue formulada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión, realizada en 1994 bajo la presidencia del ex secretario general de la Organización de las Naciones Unidas, Javier Pérez de Cuellar y suscripta, entre otros, por los presidentes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Granada, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y el secretario general de la Organización de Estados Americanos, Joao Baena Soares.

El Acta de Chapultepec contiene diez principios:

- 1) *"No hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa. No es una concesión de las autoridades; es un derecho del pueblo".*
- 2) *"Toda persona tiene derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas".*
- 3) *"Las autoridades deben estar legalmente obligadas a brindar información generada por el sector público. No podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes".*
- 4) *"Asesinato, secuestro, terrorismo, presiones, intimidaciones o prisión injusta a los periodistas, o violencia de cualquier tipo, deben ser investigados con prontitud y sancionados con severidad".*
- 5) *"La censura previa y la creación de obstáculos al libre flujo informativo o al ejercicio y movilización del periodista se oponen a la libertad de prensa".*

---

(600) Caso "Canese c. Paraguay", resuelto el 31 de agosto de 2004; LA LEY, 2005-C, 36.

- 6) *“Los medios y los periodistas no deben ser objeto de discriminaciones o favores por lo que escriban”.*
- 7) *“Las políticas arancelarias y cambiarias, la importación de papel, otorgamiento de licencias o asignación de publicidad estatal no deben premiar o castigar a medios o periodistas”.*
- 8) *“El carácter colegiado de periodistas, su incorporación a asociaciones o de los medios a cámaras empresariales deben ser estrictamente voluntarios”.*
- 9) *“La credibilidad de la prensa está ligada al compromiso con la verdad. En una sociedad libre la opinión pública premia o castiga”.*
- 10) *“Ningún medio de comunicación o periodista debe ser sancionado por difundir la verdad, criticar o denunciar al poder político”.*

Entre el 16 y 18 de agosto de 1998, en la Conferencia Chapultepec sobre Libertad de Expresión, realizada en San José, Costa Rica, fueron desarrollados los contenidos de esos diez principios con la participación de juristas, periodistas y destacadas personalidades del ámbito interamericano.

Los principios contenidos en la Declaración de Chapultepec fueron la base sobre la cual se formuló la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, efectuando una interpretación del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Declaración de Principios, que fue aprobada por la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos durante su 108 período ordinario de sesiones, en octubre del año 2000, es el documento fundamental para la interpretación de aquella norma internacional.

Dicha Declaración establece:

1. *“La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.*
2. *Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones po-*

*líticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

3. *Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.*
4. *El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.*
5. *La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.*
6. *Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.*
7. *Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.*
8. *Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.*
9. *El asesinato, secuestro, intimidación amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada.*
10. *Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La pro-*



*tección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.*

11. *Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como "leyes de desacato" atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.*
12. *Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.*
13. *La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión".*

## **217. DIMENSIÓN INDIVIDUAL, INSTITUCIONAL Y ESTRATÉGICA DE LA LIBERTAD DE PRENSA**

La libertad de prensa o imprenta, como vocablos que abarcan las manifestaciones vertidas por cualquier medio técnico de comunicación social, está reconocida y protegida, entre otros, por los arts. 1º,

14, 19, 28, 32, 33, 43, 68 y 83 de la Constitución Nacional. Estas disposiciones conciben a la libertad de prensa como un derecho individual, como una institución democrática que tipifica el contenido de la organización política, y como una libertad estratégica de la cual depende la vigencia efectiva de las restantes libertades civiles y políticas.

Los arts. 14, 19 y 28 son la fuente normativa de uno de los derechos individuales consagrados por la Ley Fundamental, cuyo ejercicio debe ser acorde con las leyes que lo reglamenten. Claro está, que esas leyes reglamentarias no pueden alterar la esencia del derecho reconocido o imponer trabas para su ejercicio que conduzcan a la desnaturalización de la finalidad personalista establecida por los preceptos constitucionales.

En los arts. 1º, 32, 33, 43 y 68 de la Constitución, la libertad de prensa supera el ámbito de los derechos individuales configurando uno de los pilares básicos sobre los cuales se estructura la organización del sistema democrático constitucional. A ellos se agregan las previsiones de publicidad por la prensa impuesta por el art. 83.

En su dimensión individual, la libertad de prensa se ejerce con el único propósito de satisfacer, en forma pública, la necesidad que tiene el individuo de expresar su pensamiento. Además, esa expresión del pensamiento carece de connotación institucional ni de significativa relevancia para el interés público. En este ámbito, el ejercicio de la libertad de prensa, por tratarse de una de las especies del género libertad, está situada en un plano de igualdad con las restantes libertades individuales del hombre. Quien la ejerce no puede disfrutar de un tratamiento jurídico preferencial porque todas las libertades individuales, como elementos que configuran a la dignidad humana, están en un plano de igualdad sin que sea viable establecer una escala jerárquica para ellas.

En el ámbito individual todas las libertades, incluyendo a la de prensa, pueden ser ejercidas conforme a la legislación reglamentaria, y la eventual colisión que se produzca entre ellas insusceptible de ser resuelta mediante una armonización razonable, deberá ser solucionada, no en abstracto, sino ponderando las circunstancias de hecho de cada caso concreto.

Pero la situación varía cuando la libertad de prensa, a igual que cualquier otra libertad, se desenvuelve en una dimensión institucional o estratégica. En el marco de ella, la libertad de prensa recibe un tratamiento jurídico preferencial, no para satisfacer una necesidad individual, sino para preservar el sistema político que posibilita la manifestación armónica de las libertades individuales.

El ejercicio de la libertad de prensa, en su dimensión institucional o estratégica, no es absoluto pero está impregnado de un valor jerárquico superior al asignado a los derechos subjetivos individuales o sociales que puedan ser razonablemente perturbados con motivo de su ejercicio, pues se relaciona con la tipificación que merece un sistema político determinado como consecuencia de la gravitación que tengan sobre el mismo los grupos sociales de opinión pública.

Los constituyentes, advirtiendo la relevancia institucional y estratégica que tiene la libertad de prensa, no se limitaron a tipificarla como una libertad individual, acordándole la protección amplia que la Constitución dispensa a las restantes libertades del hombre, sino que consideraron necesario rodearla de una protección considerablemente superior.

Así, en forma categórica, dispusieron prohibir la censura previa (art. 14); que el Congreso Nacional no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta (art. 32); que el Congreso Nacional no dictará leyes que establezcan sobre la imprenta la jurisdicción federal (art. 32); que no se pueden desconocer los derechos y garantías que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 33); que no se puede afectar el secreto de las fuentes de información periodística (art. 43); que ningún miembro del Congreso puede ser sometido a proceso judicial por las expresiones que formule con motivo del ejercicio de su función (art. 68).

Como se advierte, para los autores de la Constitución Nacional no fue suficiente la cláusula genérica del art. 28, que impide la desnaturalización de los derechos mediante la legislación reglamentaria. Es que, la libertad de prensa no tiene como único destinatario al individuo, sino al sistema político, y su consagración, con la amplitud del vocablo, respondió al propósito de crear una nueva institución política al margen de los poderes del Estado como control político adicional para el funcionamiento de los órganos gubernamentales.

Los medios técnicos de comunicación social tienen un rol decisivo en la información, formación y orientación de la opinión pública política. En su proceso formativo existen factores que actúan no ya sobre los individuos para integrarlos a un grupo social, sino sobre el propio grupo ofreciendo información sobre los más diversos problemas políticos, despertando su interés por ellos y procurando, en algunos casos, obtener una respuesta favorable a las soluciones que se ofrecen. Así, los medios técnicos de comunicación social son uno de los factores más importantes para desarrollar el papel preponderante que tienen los grupos de opinión en un sistema democrático constitucional, donde su actuación debe ser esencialmente libre.

Es así que la Constitución Nacional no ha concebido a la libertad de prensa en beneficio exclusivo de los individuos que publican sus ideas. La libertad de prensa no se agota con su ejercicio individual. Ella también fue establecida como un instrumento indispensable para consolidar a las restantes libertades y permitir el desarrollo de una vida democrática integral, con todas sus virtudes y defectos, que no son propias del sistema sino consecuencia de la conducta de los hombres.

La particular importancia asignada a la libertad de prensa en el curso del proceso constituyente argentino respondió a una concepción política determinada, que tuvo su sistematización doctrinaria y científica en el curso del siglo XX (601). La libertad de prensa se presenta como el requisito indispensable para la manifestación de los grupos de opinión pública política, cuya función es la de ejercer un control activo sobre los detentadores del poder, forjando una cuarta institución que se agrega a los tres departamentos gubernamentales clásicos. Claro está que ese cuarto poder no institucional, que se manifiesta a través de la técnica del control social, son los grupos de opinión pública y no los medios de prensa.

Cuando, con el desarrollo de la democracia constitucional y la difusión de los medios técnicos de comunicación, comenzó a brotar el pluralismo en el proceso político, se arribó a la conclusión de que el poder y su ejercicio se basan sobre el consentimiento tácito o expreso de los gobernados y en la necesidad de satisfacer sus anhelos expresados, particularmente, por los grupos de opinión. A partir de entonces se advirtió que la subsistencia de un sistema político está condicionada a la necesidad de acudir a los grupos de opinión, a fin de conocer y respetar sus intereses y valores, y obtener el consentimiento indispensable para poder ejercer la función gubernamental. Solamente se puede gobernar con eficacia respondiendo acertadamente a las sugerencias de los grupos sociales y apoyándose sobre ellos, ya que los gobernantes que desconocen el pluralismo social o impiden sus manifestaciones, no gobiernan sino que oprimen, y la opresión no consentida siempre es breve.

El sistema de control en una democracia constitucional no solamente se expresa en la estructura gubernamental tal como la misma es fijada por la ley, sino también en su ámbito externo como consecuencia de la cada vez mayor fuerza política que adquiere el pluralismo debido a la amplitud del derecho a la información.

---

(601) KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 149, Ariel, Barcelona 1970.

Como no todos los grupos pluralistas están integrados al gobierno, despliegan una conducta que en su esencia está encaminada a controlar y limitar al mismo en el ejercicio del poder. Esta finalidad es perseguida tanto por los grupos de interés, por los grupos de presión, como por los grupos de opinión. Todos ellos complementan la estructura legal de control agregando una serie de valores e intereses que los gobernantes deberán tener en cuenta en el proceso de adopción de las decisiones políticas, para lo cual se exige que la manifestación de aquéllos sea espontánea y libre.

Esa importancia de la libertad de prensa, desde el punto de vista institucional y estratégico, no solamente fue reconocida en el texto de la Constitución Nacional. Otro tanto ocurrió con las constituciones provinciales, en algunas de las cuales se prohíben expresamente todas las medidas preventivas o restrictivas que traben la libre emisión del pensamiento, sin perjuicio de declarar punibles los abusos de esa libertad, que nunca se reputarán flagrantes, ni autorizarán el secuestro de los instrumentos de difusión, ni la detención de quienes colaboran en los trabajos de impresión, propagación y distribución.

Si bien en teoría, y por imposición de la idea política dominante, todos se manifiestan a favor de la libertad de expresión, en la práctica muchos son los que establecen límites a esa libertad, cuyos alcances varían según las circunstancias, personas y valores invocados.

Se admite que, sin libertad de prensa, no puede funcionar cabalmente un sistema democrático constitucional y que, toda restricción o reglamentación al derecho de expresar o de no expresar las ideas altera no solamente el normal ejercicio de un derecho subjetivo sino, y por encima de ese derecho, altera toda la configuración de un sistema político. Pero, claro está que, a través del ejercicio de esa libertad, es posible que se concrete la violación de bienes jurídicamente tutelados que también disponen del reconocimiento constitucional. El honor, el buen nombre, la verdad objetiva, la seguridad, las instituciones, la moral pública, pueden ser lesionados a través del ejercicio de dicha libertad que, en tales casos, será calificado como incorrecto o abusivo.

La determinación de los límites para la libertad de prensa se enfrenta con problemas que son muy difíciles de superar en el marco de un sistema democrático constitucional. Es que, la experiencia nos enseña que la sanción de las publicaciones ha sido uno de los recursos preferidos por los gobernantes para suprimir toda crítica, o impedir la discusión de temas públicos, o trabar el desenvolvimiento de nuevas concepciones políticas y culturales. Además, la movilidad

de esos límites revela que, muchas veces, la libertad de prensa fue desnaturalizada con el propósito de salvaguardar ciertas situaciones, soluciones o ideas esencialmente transitorias frente al dinamismo de la vida social.

Pero esas dificultades para implementar un equilibrio razonable entre los diversos derechos y libertades, enfrentados en aparente conflicto, se superan considerablemente mediante la ponderación de dos cuestiones: 1) la distinción entre el derecho subjetivo de publicar las ideas sin censura y la institución de la libertad de prensa; 2) la distinción entre los atentados contra los derechos individuales o sociales, y los ataques contra las instituciones políticas, concebidas en un sentido amplio que abarca desde los cargos gubernamentales hasta las ideas políticas y los protagonistas de todo acontecimiento de interés público.

Las previsiones contenidas en la Constitución ponen de manifiesto que: 1) el derecho de publicar ideas por la prensa sin censura es un derecho individual que se expresa conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la limitación establecida por el artículo 28. El ejercicio abusivo de ese derecho personal, en la medida que tenga una tipificación razonable en la legislación ordinaria, es pasible de sanciones penales y civiles, si vulnera derechos subjetivos en el marco de la vida y relaciones privadas de los hombres; 2) las sanciones no son aplicables si la lesión se produce a raíz de una crítica o ataque referente a hechos, principios, personalidades o ideas de interés público cuando no media falsedad; 3) el poder político, y con mayor razón los particulares, no pueden restringir la libertad de prensa reglamentando lo que se debe o no difundir, o trabando el normal desenvolvimiento de los medios de comunicación. En los dos últimos casos, la libertad de prensa es un derecho preferente exento de la previsión reglamentaria común para todas las libertades prevista en el art. 14 de la Constitución.

Esta conclusión se impone por integrar la libertad de expresión, la categoría de las llamadas libertades estratégicas que permiten preservar y consolidar a las restantes libertades. Si a las personas se les niega el acceso a la información y se las priva de la posibilidad de influir y recibir la influencia de las opiniones de otros, la expresión de sus ideas no será libre y sin libertad de expresión no puede haber decisión democrática. Aunque se celebren elecciones y plebiscitos, ellas no serán reflejo de una auténtica voluntad colectiva si no hay libertad de expresión que les permita, a los electores, conocer el problema para cuya solución son convocados. De ahí la importancia estratégica de la libertad de prensa ya que, sin ella, no hay libertad política y tampoco igualdad política, en la medida que esa potestad

le será reconocida a quienes tienen cierto tipo de pensamiento y negada u obstruida a quienes no comparten esa forma de pensar, con el pretexto de que vulneran derechos o normas de interés general.

La libertad de prensa, además de ser un derecho individual, es una institución prevista para consolidar a las restantes libertades, en el marco de una democracia constitucional, que no es susceptible de restricción o reglamentación destinada a imponer el contenido de una expresión o la publicación o no publicación de cierta idea, aclaración o comunicación, aunque ella no sea compartida o aunque se considere que puede ser lesiva para el propio sistema democrático constitucional. Lo que no se puede limitar o reglamentar es la decisión de difundir o de no difundir y el contenido de la idea respectiva; y lo que sí se puede prever legislativamente son las consecuencias para los derechos subjetivos cuando ellas se producen fuera del curso del proceso político.

La necesidad de preservar el equilibrio en esta materia se impone como consecuencia de un riesgo significativo: la represión de las ideas conduce al reconocimiento del delito de opinión que es inadmisibles en un sistema democrático.

El carácter estratégico de la libertad de prensa sólo requiere de normas que impidan las trabas para su manifestación, pero no de cauces prefijados para su desenvolvimiento, el cual debe ser esencialmente espontáneo siendo, sus bondades y defectos, determinados por el grado de cultura democrática alcanzado por el pueblo que, así como tiene madurez suficiente para elegir a sus gobernantes, también la tiene para condenar socialmente a los llamados abusos de prensa.

Las razones sociales o morales que generalmente se invocan para avalar las restricciones a la libertad de prensa son consecuencia de la inserción del sistema moral en el sistema político. Muchas veces encubren concepciones autocráticas o intolerantes, que pretenden masificar a los individuos mediante la imposición coactiva de una forma única de acción, y siguiendo un procedimiento políticamente eficaz: suprimir la libertad de prensa como paso previo para acometer impunemente contra las restantes libertades del hombre.

## 218. COMPETENCIA PARA LEGISLAR SOBRE PRENSA

En su primera parte, el art. 32 de la Constitución Nacional establece que el Congreso federal no puede dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta.

Una interpretación literal del texto citado permitiría dilucidar fácilmente su significado: sólo las legislaturas provinciales estarían habilitadas para regular la libertad de prensa.

Sin embargo, la inserción de la norma en el cuerpo orgánico de la Constitución plantea serios reparos para aquella interpretación, que ha conducido a la formulación de cuatro hipótesis hermenéuticas:

- 1) El Congreso federal no puede dictar leyes restrictivas de la prensa, ya sea en forma directa o indirecta. Su potestad, en tal sentido, se limita al ámbito de la Capital Federal y de los territorios nacionales, sobre los cuales ejerce las funciones de la legislatura local, conforme a lo dispuesto por el art. 75, incs. 15 y 30, de la Constitución.  
En el ámbito provincial, la actividad legisferante en materia de prensa queda reservada exclusivamente a las legislaturas locales.
- 2) La cláusula constitucional no solamente impide al Congreso Nacional legislar restrictivamente sobre prensa, sino que la prohibición también se extiende a las legislaturas provinciales. Si el propósito de la norma es tutelar la libertad de prensa frente a las restricciones que emanan del poder estatal, no hay razón para que la protección se circunscriba respecto del gobierno nacional dejando desamparada, a esa libertad, en la esfera provincial.
- 3) El Congreso federal, y en su caso las legislaturas provinciales, no pueden sancionar normas específicas sobre la libertad de prensa, pero ello no impide que las secuelas de la actividad queden sujetas a la legislación general, en igual medida que las consecuencias de las acciones resultantes del ejercicio de otras libertades.
- 4) El Congreso federal no puede establecer restricciones a la libertad de prensa, pero sí someterla a una reglamentación razonable. Esa reglamentación, traducida en una ley general de prensa o en normas particulares reguladoras de algunos aspectos de esa libertad, tiene validez en todo el país siempre que no incurra en restricciones arbitrarias. Asimismo, cuando la reglamentación emane específicamente del ejercicio de la facultad conferida al Congreso por el art. 75, inc. 12, de la Constitución, ella queda reservada al poder central sin que pueda ser desplegada por las provincias.

Para dilucidar la interpretación del art. 32 de la Constitución, resulta sumamente importante tener presente los argumentos que se



expusieron para avalar su incorporación en 1860. Tales antecedentes no llegan a configurar una interpretación auténtica por cuanto no emanaron del órgano constituyente a través de una norma expresa (602).

De todos modos, son elementos conducentes para esclarecer su alcance dentro del marco global de la Constitución.

En la sesión ordinaria de la Convención del Estado de Buenos Aires efectuada el 1° de mayo de 1860, Vélez Sarsfield sostuvo categóricamente que la prensa solamente debía quedar sujeta a las leyes provinciales. Destacó, asimismo, los riesgos a los cuales quedaría sometida la amplia libertad de prensa que imperaba en la provincia de Buenos Aires, si su regulación quedara a cargo del Congreso Nacional.

También, en el número 6° de *El Redactor* de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal, se afirmó que la incorporación de la provincia de Buenos Aires al seno del Estado Nacional se realizaba conservando ella el poder de regular la libertad de prensa que tan eficazmente había ejercitado durante nueve años posibilitando "*el ensayo feliz de la absoluta libertad de imprenta*".

Finalmente, en el informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal, presentado el 3 de abril de 1860, se puntualizó que la potestad reglamentaria de la libertad de prensa está comprendida en la autonomía provincial, siendo una facultad privativa de los gobiernos locales que permite precaverse de una intervención indebida del gobierno federal.

La interpretación realizada de estos antecedentes se reflejó en los textos de algunas constituciones provinciales que asignaron carácter local a las normas reglamentarias de la libertad de prensa. Ellas prescribían que los abusos generados a través del ejercicio de la libertad de prensa son los hechos constitutivos de los delitos comunes, cuyas tipificaciones y penas debían ser determinadas por las legislaturas provinciales. Sin embargo, y hasta tanto se dictaran las leyes locales correspondientes, procedía la aplicación de las sanciones previstas por el Código Penal de la Nación.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia también aceptó esa interpretación, sosteniendo que el Congreso solamente podía dictar leyes sobre prensa para la Capital Federal y los territorios naciona-

---

(602) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Reglas para la interpretación constitucional*, p. 20, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires 1988.

les, mientras que, en el ámbito provincial, esa facultad estaba reservada a las legislaturas locales.

En numerosos pronunciamientos la Corte mantuvo esta posición expresando que es competencia de las legislaturas provinciales definir a los delitos e infracciones que se pudieran cometer mediante la prensa (603).

El 21 de octubre de 1970, en el caso "*Raúl Alberto Ramos*", la Corte Suprema modificó su jurisprudencia. Estableció que "*la Constitución Nacional ha conferido al Congreso la atribución de dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y de Trabajo y Seguridad Social (art. 67, inc. 11); y, consecuentemente, prohíbe en forma expresa a las Provincias dictarlos después que el Congreso los haya sancionado (art. 108). Que examinado el artículo 32 desde esta perspectiva, no cabe concluir que su inclusión en el texto constitucional haya importado negar el principio de la uniformidad de la legislación penal en lo que atañe a delitos cometidos por medio de la prensa, ya que esa conclusión pugnaría con los propósitos perseguidos mediante el artículo 67, inciso 11 ... Vale decir, que el real objetivo consistió en evitar que el tema de la libertad de imprenta fuera regido por leyes federales y, en consecuencia, sometido de modo exclusivo a la jurisdicción de los tribunales de esa índole*". Agregaba, "*Que cabe, por tanto, concluir que si el delito es común por su naturaleza, su represión está atribuida al Congreso de la Nación, en virtud de lo establecido en el artículo 67, inciso 11, con total prescindencia del medio empleado para cometerlo, sin perjuicio de que su juzgamiento sea efectuado por los tribunales locales o nacionales según corresponda. Una solución opuesta importaría afirmar que nuestra Constitución ha creado un sistema pluralista de Códigos Penales, fundado en la sola naturaleza del medio empleado para cometer los delitos, conclusión que por cierto podría acarrear consecuencias insospechadas a poco que se medite en la cantidad de conflictos derivados de la diversidad legislativa sobre la materia*". El desarrollo de la argumentación concluía diciendo: "*Porque, en efecto, lo expuesto en los anteriores considerandos no importa reconocer al Congreso la facultad de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta ni la de someter tales asuntos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales federales, sino sencillamente afirmar, sin contravenir las limitaciones del art. 32, el principio constitucional de que los delitos comunes previstos en el Código Penal —cualquiera sea el medio empleado para su comisión— deben ser juzgados por los tribunales federales o por los provinciales, según que las cosas y las personas caigan bajo sus respectivas jurisdiccio-*

---

(603) Fallos 30:540; 54:108; 94:378; 104:60; 105:92; 119:231; 120:239; 121:310.

*nes, como lo manda la última parte del artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional” (604).*

De acuerdo con la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tanto el Congreso Nacional como las legislaturas provinciales pueden dictar normas reglamentarias de la prensa en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones territoriales, siendo facultad exclusiva y excluyente del primero el dictado de normas civiles o penales propias de la legislación común que contengan referencias implícitas sobre la libertad de prensa.

Entendemos, a través del análisis de los antecedentes del art. 32 de la Constitución, que la interpretación de la norma debe guardar relación con el carácter institucional y estratégico de la libertad de prensa. Eso descalifica toda argumentación desenvuelta sobre la base de una presunta analogía con las restantes libertades constitucionales de carácter individual que no presentan aquellos caracteres adicionales que tiene la libertad de prensa.

A la luz de tales antecedentes, resulta manifiesta la voluntad de los constituyentes de vedar al Congreso toda potestad restrictiva legisferante en materia de prensa o imprenta.

Sin embargo, la cláusula del art. 32 no impide al Congreso, en forma indirecta, sancionar normas generales para todo tipo de actividad que pueden alcanzar el ámbito de la actividad de prensa. El texto constitucional impide la sanción de normas específicas restrictivas para la libertad de imprenta, tanto por el Congreso Nacional como por las legislaturas provinciales, pero no la emisión de normas reglamentarias de tipo general, a las cuales la actividad de la prensa, como cualquier otra clase de actividad, deberá ajustarse si aquéllas gozan de razonabilidad y no desnaturalizan las libertades constitucionales en el caso específico.

Se plantea una situación particular con el derecho de rectificación o respuesta previsto por el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y cuya validez constitucional admitió la Corte Suprema de Justicia (605).

En el orden nacional, ese derecho no fue reglamentado legislativamente y su aplicación se concreta, en cada caso concreto, conforme a las reglas que establecen los jueces. En el orden provincial, en cambio, son varias las provincias que incorporaron ese instituto a sus constituciones. Consideramos que las reglamentaciones provin-

---

(604) Fallos CS 278:73.

(605) Fallos CS 315:1492, 321:885 y 2314.

ciales del derecho de rectificación o respuesta carecen de validez porque, como se trata de una materia propia del derecho civil, su regulación fue delegada al Congreso nacional conforme al art. 75, inc. 12 de la Constitución. Además, como el citado derecho está previsto en una convención internacional, la regulación de sus contenidos es una materia federal que incumbe al Congreso de la Nación.

Sobre el particular, podemos formular las siguientes conclusiones:

- 1) El Congreso federal y las legislaturas provinciales no pueden dictar leyes especiales que restrinjan la libertad de prensa y que sean específica y únicamente aplicables a la actividad de la prensa.
- 2) El Congreso federal y las legislaturas provinciales, dentro del ámbito de sus competencias territoriales, pueden dictar normas directas que, de manera razonable, reglamenten la libertad de prensa.
- 3) El Congreso federal, en ejercicio de las facultades que le confiere el art. 75, inc. 12, de la Constitución, puede sancionar normas indirectas —no específicas— cuyas disposiciones alcancen a la libertad de prensa en un plano de igualdad con las restantes libertades constitucionales.
- 4) La referencia a la libertad de imprenta que contiene el artículo 32 de la Constitución se extiende a todos los medios técnicos de comunicación social.

## 219. JURISDICCIÓN PARA JUZGAR EN MATERIA DE PRENSA

La segunda parte del art. 32 de la Constitución dispone que el Congreso federal no dictará leyes que establezcan sobre la libertad de imprenta la jurisdicción federal.

La interpretación realizada por la Corte Suprema de esta cláusula constitucional, permite distinguir tres etapas.

El 12 de abril de 1863, al resolver el caso "*Manuel G. Argerich*", la Corte confirmó el fallo del juez que se había declarado incompetente, por entender que el art. 32 de la Constitución excluyó del ámbito de la justicia federal el conocimiento de las causas que versaban sobre injurias cometidas a través de la prensa (606).

Sin embargo, al año siguiente, el 19 de septiembre de 1864, la Corte rectificó ese criterio en el caso *"Benjamín Calvete"*. La Corte sostuvo que la abstención que impone el art. 32 a la jurisdicción federal *"está circumscripita a aquellas infracciones de las leyes comunes que pueden ser castigadas por los tribunales de provincia a quienes compete hacer cumplir sus preceptos; como son: las ofensas a la moral, y demás que se cometan abusando del derecho garantido a la prensa de poder discutir libremente todas las materias religiosas, filosóficas y políticas; las injurias y calumnias inferidas a personas privadas, o a empleados cuyas fallas es permitido denunciar o inculpar, porque la Constitución no les ha concedido inmunidad; pero que de ningún modo se extiende a aquellos delitos que, aunque cometidos por medio de la prensa, son violaciones de la Constitución Nacional o atentados contra el orden establecido por ella, y puesto bajo el amparo de las autoridades que ha creado para su defensa"* (607).

Explicando la aparente disparidad de criterios aplicados en los casos *"Argerich"* y *"Calvete"*, la Corte aclaró que, en el primero de ellos *"se trataba de un simple abuso de la libertad de la prensa, pues ni el jefe de policía, ni ningún otro empleado nacional, excepto los miembros del Congreso, goza de la inmunidad conferida por la Constitución exclusivamente a éstos"* (608).

Dos años después, en el caso *"Laforest"*, la Corte retomó la jurisprudencia sentada en el caso *"Argerich"*, declarando la incompetencia de los tribunales federales para entender en materia de publicaciones que podían ser consideradas lesivas para los intereses de la Nación (609).

La segunda etapa de este proceso interpretativo del art. 32 de la Constitución se inició el 23 de diciembre de 1932 cuando la Corte resolvió el caso *"Ministerio Fiscal de Santa Fe c. Diario La Provincia"*. En esa oportunidad, se acusó al editor responsable del diario por la comisión del delito previsto en el art. 209 del Código Penal, habiendo consistido el hecho en incitar a la rebelión mediante una publicación periodística. Tanto el juez federal como la cámara de apelaciones se habían declarado incompetentes para entender en el caso.

---

(607) Fallos CS 1:299.

(608) Fallos CS 1:345.

(609) El procurador fiscal Salustiano Zavalía sostuvo que el Congreso no puede *"someter los delitos comunes de imprenta a la jurisdicción federal, no los delitos contra la Nación que se cometan por la prensa. Sostener lo contrario es suponer que por medio de la prensa no se puede cometer delito contra la Nación y sí contra la Provincia, o que si puede cometerse contra aquélla carece de los medios de represión necesarios"* (Fallos 3:371).

Llegado el caso a la Corte, ésta rectificó su tradicional jurisprudencia declarando la competencia de la justicia federal.

La Corte mantuvo esta doctrina (610) hasta el año 1970, en que fue ampliada la jurisdicción de la justicia federal para entender sobre los delitos cometidos a través de la prensa.

Siguiendo la línea trazada en el caso *"Ministerio Fiscal de Santa Fe c. Diario La Provincia"*, la Corte extendió la potestad de juzgamiento de la justicia federal a todos aquellos delitos comunes que cayeran bajo su jurisdicción. Así, en el caso *"Raúl Alberto Ramos"*, sostuvo que *"lo expuesto en los anteriores considerandos no importa reconocer al Congreso la facultad de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta ni la de someter tales asuntos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales federales, sino sencillamente afirmar, sin contravenir las limitaciones del artículo 32, el principio constitucional de que los delitos comunes previstos en el código penal —cualquiera sea el medio empleado para su comisión— deben ser juzgados por los tribunales federales o por los provinciales, según que las cosas y las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones, como lo manda la última parte del artículo 67, inciso 11, de la Constitución Nacional"* (611).

Tal es la doctrina jurisprudencial vigente (612), expuesta en el caso *"Acuña, Carlos y Gainza, Máximo"*, del 29 de junio de 1989, donde fueron reproducidos aquellos argumentos.

## 220. LÍMITES DE LA LIBERTAD DE PRENSA

El art. 14 de la Constitución Nacional, cuando reconoce a todos los habitantes de la Nación el derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, dispone que su ejercicio deberá ser conforme con las disposiciones reglamentarias.

En este aspecto, la libertad de prensa ejercida en su dimensión individual, a igual que las restantes libertades constitucionales, no reviste carácter absoluto.

Por otra parte, el art. 28 de la Constitución, establece un límite para la reglamentación de las libertades constitucionales. Ella no puede tener un alcance tal que, genéricamente o en el caso concreto, importe la negación de la libertad o su desnaturalización.

---

(610) Fallos CS 159:323; 170:253; 177:137; 183:49.

(611) Fallos CS 278:73.

(612) Fallos CS 312:1114.

La interpretación sistemática de estas disposiciones conduce a sostener que el derecho inherente de cada individuo para exponer libremente sus ideas por medio de la prensa, puede ser reglamentado con el propósito de armonizar su ejercicio con la tutela que merecen las restantes libertades e instituciones constitucionales.

No cabe la censura ni algún tipo de intervención preventiva. Pero la protección dispensada a la libertad de prensa por las consecuencias que genere la emisión del pensamiento, cesa cuando ella afecta arbitrariamente el orden y la moral públicos, o los derechos legítimos de los individuos, en ámbitos que no tienen carácter institucional o estratégico. Esta solución también está impuesta por el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tanto la Nación, como las provincias, dentro de sus respectivas competencias y jurisdicciones, pueden regular, en forma genérica, aspectos relacionados con el ejercicio de la libertad de prensa, en la medida que sea necesario y razonable coordinar esa libertad con la manifestación de los restantes derechos del hombre y el desenvolvimiento de las instituciones políticas. Pueden establecer regulaciones indirectas para el ejercicio lícito de la actividad periodística, o para el ejercicio de la libertad de expresión, aunque no pueden impedir el ejercicio abusivo de la libertad de prensa vedando su manifestación. Pueden prever sanciones para la extralimitación irrazonable de la libertad de prensa, estableciendo la consecuente responsabilidad que solamente se podrá hacer efectiva mediante el debido proceso legal. Pero, conforme al art. 32 de la Constitución, no es viable establecer regulaciones únicamente aplicables a la libertad de prensa.

Sin embargo, constituye un gravísimo error valorar las regulaciones que se establecen sobre la libertad de prensa con un criterio similar al que se utiliza para considerar las reglamentaciones que se aplican a las restantes libertades constitucionales. Esta afirmación, no obedece a un trato preferencial para la libertad individual de prensa, sino que es consecuencia del rol institucional y estratégico que ella reviste en determinados casos.

Como libertad individual, está en un plano de igualdad con todas las libertades constitucionales. Pero cuando trasciende el marco individual y se proyecta sobre ámbitos institucionales o estratégicos, la situación varía. Ello no significa que, en esos espacios, la libertad de prensa tenga siempre carácter absoluto, sino que la interpretación de las normas reglamentarias tendrá que ser realizada con un criterio más estricto.

Es cierto que esta distinción no ha sido receptada expresamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema (613), aunque también es cierto que ella no fue objeto de un análisis explícito que se tradujera en su rechazo. La jurisprudencia de la Corte y de los tribunales inferiores se ha desenvuelto en forma inorgánica y pendular sobre la consideración, sustancialmente, de los aspectos fácticos planteados en cada caso concreto a la luz de las legislaciones civil o penal, y en algunos casos, de la repercusión política que podría traer aparejada la decisión judicial.

Se impone, entonces, la necesidad de sistematizar algunas reglas objetivas básicas que pueden ser empleadas por los jueces frente a cada caso concreto antes de introducirse en la consideración de los matices fácticos que pueden presentarse en ellos. Ello obedece a que, mediante la libertad de prensa, el hombre hace público uno de los atributos esenciales de su personalidad: el pensamiento.

En primer lugar, y para compatibilizar el ejercicio de la libertad de prensa con las restantes libertades constitucionales, el daño que ocasione su ejercicio debe ser manifiesto, arbitrario, grave y serio como requisito para que sea viable la aplicación de una sanción civil o penal. No es admisible la presunción del daño.

En segundo lugar, toda limitación a la libertad de prensa debe responder a la necesidad de sancionar la producción de un daño manifiesto, claro y presente cuya gestación se concretó efectivamente en el caso concreto. No es suficiente el daño potencial o la presunción de daño y, en caso de duda, la solución debe ser favorable a la libertad de prensa por aplicación de una de las reglas elementales en materia de interpretación constitucional: *in dubio pro libertate*.

En tercer lugar, las limitaciones a la libertad de prensa no se deben proyectar sobre la forma vehemente, provocativa o desafiante en que se expresan las ideas, teniendo en cuenta que la pasión, disgusto o enojo que motivan las emisiones, son vehículos sumamente útiles para forjar el debate y confronte de ideas.

En cuarto lugar, y atendiendo al carácter institucional y estratégico que presenta la libertad de prensa, corresponde distinguir entre las cuestiones de interés público institucional y las cuestiones de simple interés privado. En las primeras, el ejercicio de la libertad de pren-

---

(613) A título de ejemplo, podemos citar los fallos dictados el 30 de octubre de 1967 en los casos "Calcagno" y "Moreno", suscitados a raíz de las severas críticas que mereció el secuestro de la película "El Silencio" (Fallos CS 269:197 y 208). En igual sentido, la sentencia dictada en el caso "García Mutto c. Donatti" (Fallos CS 269:189).



sa solamente puede constituir un abuso si la información es inexacta, propagada con malicia y pleno conocimiento sobre su falsedad, o si medió una manifiesta torpeza o negligencia en el emisor que pudo ser evitada a través, no ya de un comportamiento diligente, sino del que usualmente adopta el ciudadano común. Se trata de una de las reglas expuestas por la Suprema Corte de los Estados Unidos (614), que puede ser perfectamente desarrollada en el marco del sistema constitucional argentino. Ella exige la manifestación de una inexactitud con dolo directo o con real malicia, que presupone una total despreocupación acerca de su veracidad (615), cuando la información conlleva una manifiesta inexactitud en la conciencia del sujeto emisor.

La conveniencia de preservar la libertad de prensa en temas públicos o institucionales, cuyo conocimiento le permitirá a los ciudadanos asumir el rol de protagonistas decisivos en el proceso político de un sistema democrático constitucional, conduce a eximir de toda responsabilidad al emisor de la idea, a menos que se acredite que las declaraciones lesivas para un derecho o libertad son falsas y que fueron expresadas con pleno conocimiento o malicia; con absoluta despreocupación por conocer su veracidad cuando ello resulte fácilmente verificable, en una actitud equivalente al dolo eventual.

El desarrollo de este principio conduce a la formulación de la quinta regla: el contenido de la cuarta regla es aplicable cuando la información versa sobre funcionarios públicos (616), o sobre temas de interés institucional que involucran a particulares, o sobre particulares que se convierten en figuras públicas. Esto acontece si ellos

---

(614) Es el caso "New York Times Co. vs. Sullivan" (376 U.S. 254), resuelto en 1964. José Marfa Sáenz Valiente realizó una interesante interpretación sobre la aplicación de tal doctrina en el derecho argentino (*Primer Seminario Profesional sobre Aspectos Jurídicos de la Empresa Periodística*, realizado por la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas el 28 y 29 de junio de 1988).

(615) En el citado fallo, el juez Brennan expresó que "el debate sobre las cuestiones públicas tiene que llevarse a cabo sin inhibiciones, enérgica y abiertamente, y que bien puede incluir ataques vehementes, cáusticos y hasta a veces rudos contra los funcionarios gubernamentales y públicos", agregando que "Hoy sostenemos que la Constitución restringe el poder de un estado para adjudicar en juicio daños y perjuicios para difamación en acciones entabladas por funcionarios públicos contra quienes critican su conducta oficial. Como estamos aquí frente a una acción de esa índole, es aplicable el principio que requiere la prueba de la presencia de la malicia en el hecho".

(616) Recordando el caso "Curtis Pub. Co. vs. Butts" (388 U.S. 130), resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1967, se ha dicho que "Podríamos concluir que los hombres públicos no deberían tener el mismo derecho de defenderse contra la difamación como lo tienen los ciudadanos comunes" (SOTTRIOS BARBER, *Sobre el significado de la Constitución de los Estados Unidos*, p. 181, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1986).

alcanzan un grado de notoriedad general para la sociedad o si participan voluntariamente en una controversia pública (617). En este caso, el derecho al honor y a la intimidad queda subordinado al legítimo interés de la comunidad para conocer su contenido (618).

Como se advierte, esta regla, a igual que la anterior, no propicia una irresponsabilidad absoluta sino que condicionan su procedencia a una prueba rigurosa cuya fundamentación reside en el amplio derecho a la información que debe imperar tratándose de cuestiones de interés público institucional, de funcionarios públicos y de figuras públicas.

## 221. CENSURA

La reglamentación a que puede ser sometida la libertad de prensa, e impuesta con el propósito de salvaguardar otras libertades, encuentra su límite en la censura. El art. 14 de la Constitución, además de reconocer la libertad de prensa, le asignó una característica muy especial, cual es la absoluta prohibición de la censura previa.

La primera parte de esa disposición constitucional condiciona el ejercicio de la libertad individual de prensa a las leyes reglamentarias, pero esa libertad no puede ser considerada desprovista de la referencia que alude a la prohibición de la censura previa. Ello significa que la reglamentación puede recaer sobre la prensa en su conjunto, pero no puede desconocer aquella prohibición, ni tampoco traducirse en medidas que importen implantar alguna de las múltiples modalidades bajo las cuales puede presentarse la censura.

Este concepto es sumamente amplio y genérico. Abarca toda forma de control o restricción, tanto anterior como posterior a la emisión del pensamiento, e incluye a las imposiciones ideológicas generadoras de sanciones motivadas por su incumplimiento (619).

---

(617) Esta doctrina resulta del caso "*Gertz vs. Robert Welch Inc.*", resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1974 (418 U.S. 323), que fue aplicada en varios casos posteriores.

(618) ¿No tienen derecho los ciudadanos a conocer la vida íntima de los funcionarios y candidatos a cargos públicos?, acaso, conociendo ciertos detalles, ¿no estarán en mejores condiciones para juzgar la idoneidad moral de ellos?

(619) Sobre el particular, SEGUNDO V. LINARES QUINTANA enseña que "*el concepto constitucional de censura previa es amplio y comprensivo, y designa toda acción u omisión dirigida a dificultar o imposibilitar, en forma directa o indirecta, mediata o inmediata, la publicación y circulación de la palabra impresa. Por lo tanto, además de la censura previa propiamente hablando, queda interdita*

El concepto clásico de censura previa, que apuntaba a describir la autorización otorgada por la autoridad administrativa antes de que se efectuara la publicación, ha sido superado mediante la incorporación de las técnicas más sofisticadas que tienden a conseguir igual objetivo.

Las clásicas formas de censura han sido ampliadas por el ingenio del hombre, de modo que, al no resultar correcta una interpretación literal del concepto de censura previa, quedan comprendidas todas aquellas modalidades que conduzcan a coartar la libre emisión de conceptos, juicios e ideas.

Entre los múltiples procedimientos que desembocan en la censura se pueden citar, a título de ejemplo, los siguientes: el monopolio de los medios de difusión; las subvenciones gubernamentales a ciertos medios de difusión; la violación del secreto profesional que asiste a los periodistas; la difusión obligatoria de ciertas ideas, conceptos o acontecimientos; la publicación coactiva de ciertas propagandas; la prohibición de crear nuevos medios de difusión; supeditar a la autorización gubernamental el establecimiento de los medios de comunicación; los privilegios o restricciones impuestas por el gobierno para emplear la tecnología de comunicación; las trabas para la producción o importación de elementos necesarios para el funcionamiento o la modernización de los medios técnicos de comunicación; la aplicación de medidas fiscales que obstaculicen el normal funcionamiento de los medios de difusión, o que persigan alentar o desalentar a ciertos medios o a ciertas ideas; la influencia coactiva sobre la orientación y la información de los órganos de difusión; la prohibición de difundir ciertas ideas; la intervención gubernamental de las empresas periodísticas; la intervención preventiva de cualquier autoridad pública (620); todo procedimiento encaminado a estorbar o impedir la difusión de ideas; toda disposición que prohíbe una publicación o establece obligatoriamente su contenido contra la voluntad del emisor; toda medida fiscal discriminatoria para la actividad de la prensa.

Como la interpretación teleológica y sistemática de las normas constitucionales debe prevalecer sobre una mera interpretación li-

---

*por la ley suprema argentina toda otra forma de restricción comprendida en los términos expuestos" (Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, t. IV, p. 441, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires 1977/1988).*

(620) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA destaca que "La Constitución no admite la intervención preventiva de nadie —particular o autoridad pública— que pueda afectar la libre circulación de la prensa" (Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, t. IV, p. 447, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires 1977/1988).

teral, la referencia a las ideas que establece el art. 14 de la Constitución, abarca toda manifestación del pensamiento humano. Emitir una opinión propia o reproducir la formulada por otra persona, transmitir una imagen o un dato informativo, son algunas de las modalidades respecto de las cuales está vedada la censura.

Asimismo, la garantía constitucional no se limita a la palabra escrita, sino que se extiende a la emitida por cualquier medio técnico de comunicación social ya existente y a los que, en el futuro, genere la inventiva humana (621).

Tampoco es viable, en función de aquella interpretación, limitar la protección constitucional al período anterior al acto de la emisión. También son actos de censura todas las sanciones arbitrarias, legales o de hecho, que se aplican después de la emisión (622) porque, al margen de configurar una vía elíptica para desarticular la tutela dispensada por la Ley Fundamental, son factores desencadenantes de la autocensura.

El carácter absoluto que presenta la prohibición de la censura, descalifica constitucionalmente todo acto posterior a la emisión que prohíba o restrinja su difusión. El secuestro de una publicación, prohibir su circulación o venta, suspender la proyección de material cinematográfico o televisivo o su emisión radial, son actos de censura por más loables que sean los propósitos perseguidos con tales medidas en salvaguarda del orden público, la moral, el honor o el derecho a la intimidad. Pero el carácter absoluto de la prohibición de la censura no se extiende a las consecuencias que pueda deparar el ejercicio de la libertad de expresión cuando vulnera arbitrariamente a otras libertades constitucionales.

Esta garantía constitucional se impone a toda cláusula contenida en los tratados internacionales que permita la censura previa (623). Tal es, por otra parte, lo que establece el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al prohibir la censura previa, pero dejando a salvo las responsabilidades ulteriores fijadas por ley

---

(621) Conf. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. IV, p. 437, ob. cit.

(622) Conf. GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 413, Ediar, Buenos Aires 1993.

(623) El art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos autoriza a establecer restricciones legales que sean necesarias para asegurar el respeto a los derechos, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. En cambio, la Convención Americana sobre Derechos Humanos solamente permite, frente a iguales hipótesis, prevenir responsabilidades ulteriores.

y necesarias para asegurar el respeto a los derechos, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Asimismo, la facultad legal que prevé esta Convención para implementar la censura previa respecto de los espectáculos públicos con el fin de proteger la moral de los menores de edad, sólo es admisible para regular el acceso de estos últimos a tales espectáculos cuando no están autorizados por quienes ejercen su patria potestad.

Interpretando ese art. 13, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva 5/85 del 13 de noviembre de 1985, destacó categóricamente que: *"El artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa, la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención"*.

Es importante retener que, la Corte Interamericana, incluyó en su condena a la censura preventiva cuya aplicación se propicia para evitar un daño a otros derechos humanos, inclusive aunque estemos en presencia de un ejercicio abusivo de la libertad de expresión.

¿La prohibición de la censura previa sólo tiene vigencia cuando ella emana de una autoridad administrativa o de una ley, o debe ceder cuando es impuesta judicialmente?

Algunos autores se adhieren firmemente a esta alternativa (624). Otros insinúan, aunque no en forma categórica, que esa solución sólo sería aceptable si nos enfrentamos con una restricción penal establecida judicialmente (625).

Por nuestra parte, consideramos que la censura previa, dispuesta por una autoridad judicial, cae bajo la prohibición prevista en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ella no realiza distinción alguna respecto del órgano gubernamental del

---

(624) FERNANDO TOLLER, *Libertad de Prensa y tutela judicial efectiva*, p. 541, La Ley, Buenos Aires 1999.

(625) JORGE R. VANOSSI, *La censura ante el Derecho Constitucional Argentino*, en *Poder político y libertad de expresión*, p. 322, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2001. Cita el caso "Freedman vs. Maryland" de la Suprema Corte de los Estados Unidos (380 US 51).

cual podría provenir lícitamente la censura. De manera terminante, prohíbe la censura prescindiendo del carácter que pueda revestir el censor. No interesa si el acto de censura emana del órgano legislativo, del Poder Ejecutivo o de un magistrado judicial. Cualquiera sea su causa y fuente, prohíbe la censura.

Tal fue el criterio adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*Martorell*" de 1996, y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*La última tentación de Cristo*" del 5 de febrero de 2001.

Sin embargo, a pesar de la jurisprudencia categórica de aquellos organismos internacionales sobre la absoluta inviabilidad de la censura previa, inclusive de carácter preventivo, y a pesar de que nuestra Corte Suprema de Justicia ha reconocido su carácter vinculante (626), criterio que no compartimos, en orden a la interpretación de los preceptos de la Convención, tanto ella, como los tribunales inferiores, han avalado en varias oportunidades la implementación de la censura previa en la Argentina. Particularmente, cuando ella emana del Poder Judicial, y sobre la base de fallos que omiten toda consideración sobre aquella doctrina jurisprudencial.

Tal fue lo que aconteció cuando, el 3 de abril de 2001, y a sólo dos meses después de haber pronunciado su veredicto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*La última tentación de Cristo*", nuestra Corte Suprema de Justicia resolvió el caso "*S.V. c. M.D.*" (627), avalando la censura previa aplicable a todos los medios de prensa, tanto gráficos como electrónicos, en resguardo de la intimidad de los menores.

Tal pronunciamiento, se enrola en la línea establecida en el caso "*Manuel Bustos Núñez*", del 28 de marzo de 1958 (628). La Corte confirmó la validez del decreto ley 4161/56 que prohibía la publicación de ideas en apoyo del movimiento justicialista contra el cual, precisamente, había combatido el diario La Prensa hasta el punto de haber sido dispuesta su arbitraria clausura y posterior confiscación.

Pero en otras oportunidades, y poniendo en relieve su doctrina pendular, la Corte se pronunció categóricamente en contra de la validez de todo tipo de censura. En el caso "*Ministerio Fiscal c. Diario La Provincia*", destacó que "*las palabras censura previa aluden tanto a la revisión y examen del escrito a efecto de controlar las ideas antes*

---

(626) Fallos CS 315:1492; 318:514; 319:1840.

(627) Fallos CS 324:975.

(628) Fallos CS 240:223. Rafael Bielsa realizó una aguda crítica de este fallo en LA LEY, 91-497.

*de autorizar su impresión, cuanto a otras restricciones de índole semejante, como fianzas, permisos, etc., de que los gobiernos han sabido hacer uso. Que entre las restricciones posibles a la libertad de prensa, compréndanse no sólo la señalada en el considerando anterior, sino también aquellas encaminadas a castigar o reprimir la publicación una vez aparecida. La libertad de prensa estaría gravemente comprometida y anulada en sus efectos si después de reconocer y admitir en todo hombre el derecho de publicar libremente lo que crea conveniente, la autoridad pública pudiera reprimirlo y castigarlo por publicaciones de carácter inofensivo. Es que aquella implica, como lo dice Cooley, no sólo la libertad de publicar, sino también inmunidad completa de censura legal y de castigo por la publicación en sí misma" (629).*

Así, la Corte descalificó la censura judicial impuesta a la publicación de una solicitada porque el juez de primera instancia consideró que ella configuraba una tentativa de apología del delito (630); la prohibición de emitir un programa de televisión porque la accionante entendía que se lesionaban sus derechos personalísimos (631).

Tampoco es viable aceptar la censura judicial porque a través de una muestra pictórica se estarían violando los sentimientos religiosos de un amplio sector de la población. En este caso, a lo sumo cabe ordenar que se advierta a los potenciales visitantes del contenido de la muestra (632).

También es inadmisibles la censura proveniente de actos de particulares. Se resolvió que la dirección de la revista del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires puede determinar el espacio a brindar y el tiempo de la publicación, en términos razonables y que no importen una censura indirecta, pero ello no implica que posean discrecionalidad absoluta para impedir la difusión de determinadas opiniones de un matriculado, aun cuando éstas pudieran no coincidir con la coyuntural dirección colegiada (633).

Cabe acotar que, conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el carácter absoluto de la prohibición impuesta

(629) Fallos CS 167:121.

(630) Caso "Verbitsky", Fallos CS 312:916; LA LEY, 1989-D, 185.

(631) Caso "Servini de Cubría", Fallos CS 315:1943; LA LEY Online.

(632) Caso "Asociación Cristo Sacerdote c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" del 27 de diciembre de 2004 resuelto por la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario, sala 1a, de la Ciudad de Buenos Aires (Jurisprudencia Argentina, 30 de marzo de 2005; LA LEY, 2005-C, 707).

(633) Caso "K.M. c. CPCECF" resuelto el 18 de julio de 2002 por el Juzgado Contencioso Administrativo N° 2 de la Ciudad de Buenos Aires (LA LEY, 2003-A, 24).

a la censura previa, sólo cede para impedir el acceso de los menores de edad a los espectáculos públicos, en salvaguarda de la moral de la infancia y adolescencia (art. 13, inc. 4°), y en la hipótesis prevista en el art. 27. Este último dispone que, en caso de guerra, peligro público o de alguna emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, éste podrá adoptar disposiciones que suspendan las obligaciones contraídas en virtud de la Convención, *"en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación"*. Pero, tales disposiciones, no podrán ser incompatibles con las demás obligaciones que el derecho internacional impone al Estado, y no deberán entrañar discriminación alguna basada en motivos de raza, color, idioma, religión u origen social. Se trata de una limitación que está inserta en el art. 23 de la Constitución Nacional que regula el estado de sitio, si se otorga una extensión amplia a esta garantía institucional.

## 222. LA CENSURA PERIODÍSTICA Y LOS COMICIOS

El 7 de junio de 2005 la Corte Suprema de Justicia desestimó el planteo de inconstitucionalidad formulado por la Asociación de Teleriodifusoras Argentinas y la Asociación de Radiodifusoras Privadas Argentinas respecto del art. 5° de la ley 268 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Al declarar la validez de esa norma el Alto Tribunal, implícitamente, hizo lo propio con el art. 71, incs. f) y h) de la ley nacional 25.610 (634).

La disposición local establece: *"desde las 48 horas anteriores a la iniciación del comicio y hasta 3 horas después de su finalización, queda prohibida la difusión, publicación, comentarios o referencias, por cualquier medio, a los resultados de encuestas electorales"*.

Por su parte, el art. 71, incs. f) y h), del Código Electoral Nacional prescribe que está prohibido: *"Realizar actos públicos de proselitismo y publicar y difundir encuestas y sondeos preelectorales desde las 48 horas antes de la iniciación del comicio y hasta el cierre del mismo"; "Publicar o difundir encuestas y proyecciones sobre el resultado de la elección durante la realización del comicio y hasta 3 horas después de su cierre"*.

La sanción de estas normas respondió a un firme anhelo de la dirigencia política, expuesto ya hace más de una década, basado sobre la presunta interferencia que generan aquellas publicaciones



sobre la libertad de los electores y que, como aquellas estarían deliberadamente destinadas a beneficiar a alguna agrupación partidaria en perjuicio de otras, se vulneraría la igualdad que debe existir entre ellas en el curso de los comicios.

Considerando el carácter fundamental y estratégico que reviste la libertad de prensa en la tipificación de un sistema democrático, la cuestión a resolver reside en precisar si aquellas normas legales, y por añadidura la sentencia de la Corte Suprema que las convalida, configuran, o no, un acto de censura para la actividad periodística.

La Corte Suprema, en el caso "ATA y ARPA", admitió la censura impuesta a los medios de prensa por la legislación local y nacional. Restringió, por un lapso de 61 horas, el derecho de informar de los periodistas y el derecho a la información de los ciudadanos sobre un tema de relevante interés institucional. Para determinar la eventual solidez constitucional del pronunciamiento, corresponde efectuar un análisis acudiendo a la aplicación simultánea de los enfoques jurídico y empírico.

Las normas cuestionadas presentan dos aspectos. El primero, consiste en prohibir a los medios de prensa publicar y difundir encuestas y sondeos de opinión preelectorales desde las 48 horas anteriores a la iniciación de los comicios y hasta su cierre. El segundo, reside en mantener esa prohibición para las encuestas y proyecciones electorales desde el comienzo de los comicios y hasta 3 horas después de su conclusión.

Ellas, mediante la censura, prohíben el ejercicio de la libertad de prensa sobre materias determinadas y durante un lapso fijo, porque esa libertad entraría en conflicto con otros valores sin que resulte viable la armonización. Tal circunstancia, determina que se otorgue preferencia a esos valores. Pero, ¿cuáles son esos valores?

En cuanto a la prohibición de publicar encuestas y sondeos preelectorales el bien jurídico preferente sería un "*espacio óptimo de reflexión que todo elector debe tener antes de emitir su voto*" (Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay). La preservación de la "*reflexión*" y "*sosiego*" del elector (votos de Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Petracchi y Belluscio) permitiría la libre expresión del voto por los ciudadanos evitando la desarticulación de la "*pureza del sufragio*".

Ninguno de tales valores está enunciado por el art. 13, incs. 4° y 5°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin que quepa sostener, sobre la base de constancias precisas, que la publicación de las encuestas preelectorales afecte la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas (art. 13, inc. 2°). Si, como

admiten los magistrados, tales encuestas son conocidas por los ciudadanos 48 horas antes de los comicios, ¿cuál es el reparo para que ese conocimiento, enriquecido con nuevos datos, se pueda suministrar con posterioridad a ese límite? ¿Acaso, no será más transparente el proceso electoral y más precisa la voluntad del votante si conoce tales datos? En definitiva, el conocimiento de tales datos no hace más que brindar elementos informativos al votante que fortalecen la "pureza del sufragio".

Mal se puede avalar esa prohibición destacando que la legislación electoral impone otras restricciones. En el voto de la mayoría, y de los jueces Fayt y Maqueda, se alude a las limitaciones "a la libertad de contratar y de usar y gozar de la propiedad, restricción a la financiación de los partidos políticos, a la extensión de la campaña electoral, prohibición de organizar y practicar juegos de azar, de vender bebidas alcohólicas; a la libertad de expresión vedada de declaraciones proselitistas de los candidatos durante un cierto tiempo, prohibición de entrega de boletas de sufragio; al derecho de reunión, prohibición de mitines, espectáculos públicos, eventos deportivos, etc.". No es ésta la oportunidad para analizar la razonabilidad de tales restricciones, pero ¿qué tienen que ver con la libertad de prensa? No existe relación alguna porque las encuestas y sondeos de opinión no son actos de propaganda ni de proselitismo. Son informaciones objetivas que coadyuvan a que el elector pueda formarse una opinión más sólida sobre el destino de su voto.

El temor de la dirigencia política reside en que, la difusión de tales encuestas, pueda modificar el destino que los electores pensaban asignar a sus votos. En otras palabras, dan preferencia a la ignorancia en desmedro de la libertad.

¿Podemos sostener seriamente que la publicación de las encuestas preelectorales afecta la "reflexión" y "sosiégo" del elector? Si advertimos las actividades que despliega la inmensa mayoría de los electores el día de los comicios, y durante el lapso anterior, comprobaremos el carácter dogmático de aquella afirmación.

Es que, tal como lo destacan los jueces Petracchi y Belluscio, citando a Geoffrey Stone, la desconfianza que inspiran tales restricciones obedecen a tres razones: "a) esas restricciones distorsionan el debate público; b) los funcionarios tienden a prohibir, a través de ellas, a expresiones que consideran poco valiosas o perjudiciales; c) son restricciones inspiradas en el miedo al impacto comunicativo de la expresión prohibida: los funcionarios no creen que los ciudadanos expuestos a determinadas expresiones, puedan hacer las opciones que las autoridades consideran correctas. También el gobierno teme que la

*expresión que se prohíbe pueda provocar la respuesta de una audiencia hostil. Advierte el autor citado que en todas estas posturas subyace un fuerte e intolerante paternalismo”.*

La reflexión es acertada porque, en definitiva, la prohibición apunta a disipar el temor de los funcionarios gubernamentales, de los partidos políticos y de los candidatos por la publicación de las encuestas y no a tutelar la “reflexión” y “sosiego” de los electores.

Los jueces sostuvieron un argumento adicional: la vigencia de la prohibición es tan breve que no llega a configurar una grave lesión para la libertad de prensa. Este razonamiento conduce a sostener que la censura, si es breve, resulta lícita y que solamente sería inviable una censura “prolongada en el tiempo”. Esta conclusión se enrola en la doctrina expuesta por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Diario La Nueva Provincia” (635) cuando confirmó la validez de la norma que prohíbe la publicación de diarios el día 7 de noviembre (día del “canillita”) porque “la mera comprobación de que en un determinado día del año no puedan lanzar a la venta pública las ediciones en cuestión no es un elemento suficiente que permita determinar por sí sólo si en el caso ha existido una restricción ilegítima a la libertad de prensa”. En esa oportunidad, la accionante solamente cuestionaba la prohibición de publicar, sin pretender que la distribución y venta de los ejemplares del diario fuera realizada por los distribuidores y “canillitas” (636).

Entendemos, conforme al art. 14 de la Constitución federal y del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que resulta inadmisibles otorgar validez a la “censura breve”. Es una cuña que quiebra la solidez de una garantía constitucional.

Con respecto a la prohibición de publicar encuestas y proyecciones sobre el resultado de la elección durante la realización del comicio y hasta 3 horas después de su cierre, el bien jurídico protegido sería “la tranquilidad pública” procurando “evitar la influencia indebida en el electorado” (voto de la mayoría y de Zaffaroni). Al margen que la “tranquilidad” pública no está contemplada por el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se advierte

---

(635) Fallos CS 316:1768.

(636) La clásica figura del “canillita”, tal como la describiera Florencio Sánchez, constituye un estereotipo que en nada se asemeja a la realidad. Por sus servicios perciben un importe que oscila entre el 35% y 50% del precio de tapa de las publicaciones que venden; restituyen sin costo los ejemplares de las publicaciones no vendidas; y sus puestos de venta en la vía pública están sujetos a permisos o concesiones susceptibles de importantes transferencias onerosas.

cuál sería esa influencia "indebida". Aparentemente, privar al ciudadano de información es una influencia "debida" y ofrecerle esa información es "indebido".

Mientras que la primera restricción alcanza a casi todos los medios de prensa (637), esta última sólo se proyecta sobre los medios de radiodifusión. Sin embargo, durante los comicios, si bien no se emiten encuestas "boca de urna" por estar prohibidas, los propios dirigentes políticos se esmeran por adelantar los resultados electorales sobre la base de las informaciones aportadas por sus fiscales en el curso de las entrevistas radiales o televisivas. Información carente de la relativa precisión que tienen los sondeos y encuestas realizadas profesionalmente.

Los jueces Petracchi y Belluscio, en su disidencia parcial, consideraron que carecía de validez la prohibición de informar en el lapso de las 3 horas posteriores a la conclusión de los comicios. El fundamento de preservar la tranquilidad social resulta inconsistente porque *"se advierte fácilmente que esas prevenciones dan por cierto e inmodificable un comportamiento infantil en la población, la que, a pesar de las veces en que las predicciones de los especialistas han fallado, daría por indubitable lo que no es más que un pronóstico y se libraría a no se sabe qué clase de excesos"*, y que *"Acertados o erróneos, los datos que las encuestadoras suministran deben ser juzgados por la gente por lo que son, es decir, pronósticos de cómo las personas han votado"*, porque *"no parece compatible con una vida republicana y democrática, según la cual sólo al pueblo corresponde discernir los méritos de la información que se le ofrece, sin que pueda vedársele el acceso a aquella con la excusa que puede cometer errores"*.

Esta argumentación sería perfectamente aplicable a todo el alcance de las normas cuestionadas. ¿Por qué privar al pueblo de su derecho a conocer las encuestas preelectorales y las de "boca de urna", si con ellas se satisface su necesidad de información? Asimismo, en el caso de aquellos ciudadanos que no puedan controlar su ansiedad y deseen conocer, durante el lapso de la prohibición, las encuestas electorales y de "boca de urna", podrán acudir a la información emitida a través de la internet o de medios de prensa extranjeros. Especialmente a las emisiones radiales provenientes de países vecinos que no están alcanzados por las normas que comentamos.

---

(637) Por razones fácticas, las restricciones no alcanzan a las emitidas por internet y, por razones jurídicas, a las provenientes de emisoras radiales del exterior y de las señales satelitales.

Por otra parte, desde 1983 se difundieron ampliamente por los medios de prensa las encuestas preelectorales y las de "boca de urna", sin que jamás se pudiera acreditar que ellas alteraron el resultado electoral que se tendría que haber producido. Y, de ser así, ¿por qué debemos aceptar que esas encuestas alteraron indebidamente la voluntad del elector?, ¿no podríamos sostener que, por el contrario, y merced a ellas y su conocimiento por la prensa el elector tuvo plena conciencia sobre cuál debía ser el destino de su voto? En este marco de hipótesis y conjeturas, ¿se justifica cercenar la libertad de prensa mediante la censura?

Algunas de las elucubraciones expuestas por los ministros de la Corte para avalar la censura de los medios de prensa, nos producen cierto desconcierto.

Así, para el juez Zaffaroni, mediante la restricción "*no sólo se intenta preservar el bien jurídico de la tranquilidad pública, sino también ... se intenta evitar que los datos de las empresas encuestadoras compitan con el escrutinio oficial*", y que el reclamo de los accionantes "*pareciera coincide más con las necesidades mediáticas vinculadas con la competencia entre distintos medios de comunicación y la lógica mercantil que con la necesidad por parte de la sociedad del conocimiento inmediato de los resultados electorales la cual no se ve afectada*". En rigor, los encuestadores no pretenden competir con el "*escrutinio oficial*" sino de aproximarse lo más posible. Tampoco los medios de prensa compiten entre sí por los datos de las encuestas. Las empresas encuestadoras, que prestan servicios en las más diversas áreas, tienen por objeto, ajustándose a rigurosos criterios técnicos y metodológicos, determinar las alternativas posibles y las hipótesis más factibles, admitiendo un relativo margen de error. Margen que por ser conocido por los ciudadanos, les impide competir seriamente con el "*escrutinio oficial*". El ciudadano sabe que debe aguardar la producción de este último para tener certeza pero, mientras tanto, su razonable ansiedad, lo impulsa a querer conocer el probable resultado. ¿Ese deseo, puede ser calificado de indebido o ilícito?

En cuanto a la competencia entre los medios radiales y televisivos durante los comicios, no está determinada por las encuestas sino por el contenido del programa que difunden. La emisión de tales programas no responde a una necesidad forjada artificialmente, sino a una real demanda o requerimiento de la población. Si la noticia del día son los comicios, es razonable que concreten su información sobre los datos referentes al mismo que no se limitan a las encuestas. Entrevistas, imágenes, opiniones, críticas y comentarios sobre los hechos que se producen en el curso de los comicios, integran esos programas junto con los datos sobre los presuntos resultados

electorales que suministran los partidos políticos que participan en el proceso electoral, y también las encuestas. ¿Qué tiene de negativo esa competencia con la cual se procura satisfacer nuestro derecho a la información? ¿Existiría esa competencia si los ciudadanos permanecieran indiferentes? ¿A qué finalidad responde ese argumento del juez Zaffaroni? ¿Acaso, pretende descalificar a la competencia y la "lógica mercantil" por ser factores perversos que perturban el proceso electoral? De ser así, ¿cómo explica que millones de personas, aunque no en forma continua, presencian tales programas? Porque, claro está, de no existir esa intensa demanda informativa no existirían tales programas a menos que, con una visión distante de la realidad, se pretenda sostener que son los programas radiales y televisivos los que despiertan el interés de la ciudadanía por conocer el resultado de los comicios.

Nuestra perplejidad, se extiende sobre por qué los jueces de la Corte, para fundamentar su fallo, citaron el precedente "*Burson v. Freeman*" de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (504 US 191). Precedente que no se refiere a la limitación de la libertad de prensa, sino a la libertad de expresión, y que de haber seguido su línea jurisprudencial, nuestra Corte debió declarar la invalidez de las normas cuestionadas.

En "*Burson v. Freeman*" el tema de debate no fueron las encuestas ni la libertad de prensa, sino el alcance de la doctrina del "*public forum*" respecto de la libertad de expresión durante los comicios. Esta doctrina alude al derecho a ejercer la libertad de expresión en lugares públicos, y la potestad del gobierno para disponer su reglamentación por razones de tiempo, lugar o contenido.

Una ley del Estado de Tennessee prohibía distribuir propaganda electoral y requerir a los electores que se pronunciaran por determinado candidato a una distancia menor de 100 pies del lugar de votación. Se trataba de una limitación a la libertad de expresión —no de prensa— impuesta en un espacio público por razones de lugar y contenido, con el propósito de evitar la intimidación a los votantes y el fraude electoral. Así, para la mayoría (638) la norma era válida porque se había acreditado debidamente que, dentro del espacio de los 100 pies, tales conductas eran idóneas para producir los efectos previstos en la ley. Para la minoría (639), en cambio, la garantía del voto

---

(638) La mayoría estuvo integrada por los jueces Harry Blackmun, William Rehnquist, Byron White, Anthony Kennedy y Antonin Scalia, aunque éste último consideró que la limitación no se aplicaba sobre un espacio público.

(639) La minoría estuvo compuesta por los jueces John Stevens, Sandra O'Connor y David Souter.

secreto era suficiente para disipar toda intimidación a los electores y que, además, aquella decisión no resultaba coherente con lo resuelto por la Corte en el caso *"Mills v. Alabama"* (384 US 214). Se declaró la invalidez de una ley que prohibía publicar notas de carácter político electoral el día de los comicios.

Las diferencias con nuestro caso son notorias: 1) Se convalidó la prohibición de realizar propaganda electoral en un lugar público a menos de 100 pies del lugar de los comicios; entre nosotros esa prohibición rige en cualquier espacio público y desde las 48 horas anteriores a los comicios; 2) Se limitó la libertad de expresión con referencia exclusiva a la propaganda electoral; entre nosotros se prohíbe la difusión de encuestas por medios de prensa.

Una cosa es vedar la propaganda electoral en una zona cercana al lugar donde se concretan los comicios y otra, muy diferente, es prohibir que a través de la radio y la televisión se difundan encuestas electorales desde 48 horas antes de la elección y hasta 3 horas de haber concluido. En el primer caso, hay una limitación territorial para ejercer la libertad de expresión, aunque no de prensa; en el segundo, hay una prohibición absoluta de ejercer la libertad de prensa en todo el territorio del país y durante 61 horas.

En el voto de los jueces Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay, para justificar la razonabilidad de la prohibición de emitir encuestas *"boca de urna"* hasta 3 horas de haber concluido los comicios, sostuvieron que: *"Si bien el horario de cierre del acto comicial tiene lugar a las dieciocho horas, es muy probable que algunos electores todavía estén votando si antes de ese horario llegaron a la mesa receptora, por lo que, finalizado el comicio, todavía existe un interés estatal en preservar la tranquilidad del acto eleccionario ... y sobre todo que éste no sea perturbado o influenciado con informaciones no definitivas que de alguna forma pueden llegar a quienes están votando"*. ¿Justifica este argumento cercenar el derecho a la información de millones de personas que desean conocer los resultados de las encuestas, estando fuera del lugar de los comicios? Acaso, ¿a las 18 horas, y en ese lugar, comienzan a funcionar decenas de radios y aparatos de televisión? ¿No sería más razonable disponer que, en esos lugares, no puedan funcionar aparatos de radio y televisión?

El ejemplo que citan esos jueces, con referencia a la elección de Ronald Reagan en 1980, en la Argentina es utópico. En los Estados Unidos, la diferencia del huso horario entre el este y el oeste, determina que los comicios concluyan en el segundo 3 horas después que en la costa del este. De manera que, al emitir su voto, muchos electores puedan conocer con anticipación los resultados de *"boca de urna"* en esta última zona. Tal circunstancia habría determinado que, como

esas encuestas proclamaban vencedor a Reagan, muchos electores del oeste se habrían abstenido de votar. Se trata de una simple hipótesis expuesta por algunos investigadores que no sabemos cómo gravitó sobre el resultado electoral. Pero, de todas maneras, no es aplicable en la Argentina donde hay un sólo uso horario y, además, el voto es obligatorio.

Una incongruencia que se advierte en el voto de la mayoría resulta de confundir la libertad de expresión con la libertad de prensa, cuando destacan que *"la libre expresión e información no reviste carácter absoluto en cuanto a las responsabilidades y restricciones que el legislador puede determinar"*. Estamos de acuerdo que no reviste carácter absoluto en cuanto a las responsabilidades ulteriores que el legislador pueda determinar. Pero las restricciones específicas para los medios de prensa, están vedadas por el art. 32 de la Ley Fundamental. La libertad de expresión es el género susceptible de restricciones razonables, pero no así su especie que es la libertad de prensa. Tal es, precisamente, lo que se decidió en los cuatro precedentes que cita la mayoría. Tanto en el caso *"Costa"* (Fallos CS 310:508) como en *"Abad"* (Fallos CS 315:632), *"Gutheim"* (Fallos CS 316:703) y *"Menem"* (Fallos CS 324:2895), se destacó que la libertad de prensa está amparada por la prohibición de la censura previa, pero no con la impunidad para quien la utiliza incurriendo en un delito penal o en un acto ilícito civil.

Consideramos que la sentencia del Alto Tribunal, al avalar la prohibición de difundir ciertos hechos de relevante interés institucional por medio de la prensa, constituye un acto de censura que no se compadece con una interpretación teleológica del art. 14 de la Constitución, del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la doctrina expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si bien satisface los intereses de la dirigencia política que siempre anheló la regulación legislativa de aquella prohibición, no hace lo propio con el legítimo interés de los ciudadanos por conocer las encuestas electorales hasta el día de los comicios, ni de ser informado sobre el presunto curso de los comicios a través de las *"bocas de urna"*. Creemos que el silencio y la ignorancia forjados por una medida basada sobre el miedo a la libertad, en nada contribuye a la participación consciente, voluntaria y responsable de los ciudadanos en un acto electoral.

## 223. DERECHO DE RECTIFICACIÓN O RESPUESTA: ANTECEDENTES

La tendencia manifestada desde mediados del siglo XX, propiciando la incorporación al ordenamiento jurídico argentino del lla-



mado derecho de réplica, o de respuesta, o de rectificación, o replicato compulsivo, reconoce lejanos antecedentes.

En el orden internacional, los primeros proyectos reglamentarios de este instituto fueron elaborados en Francia durante la última década del siglo XVIII. A raíz de las severas y generalizadas críticas publicadas por la prensa opositora respecto de la acción gubernamental, que muchas veces se extendían a las personas de los gobernantes, se procuró atemperar sus efectos sin caer en una abierta y directa restricción a la libertad de prensa.

El origen político de esta institución fue notorio. Su reconocimiento legislativo no respondió al propósito de proteger el buen nombre y honor de las personas sino, en realidad, de ofrecer a las figuras públicas un medio para contrarrestar las críticas periodísticas o los efectos de la publicidad de informaciones desfavorables para su imagen popular. Esta finalidad perdura en los proyectos y textos legales más recientes, siendo un instrumento destinado básicamente a preservar la buena imagen que las figuras públicas y la dirigencia política desean exteriorizar ante la ciudadanía (640).

En 1798 el Directorio elaboró un proyecto de ley por el cual se establecía que los propietarios o redactores de periódicos, que hubiesen publicado artículos atentatorios a la reputación de alguna persona, estaban obligados a insertar la respuesta al mismo dentro de los cinco días de su recepción. El incumplimiento de esta obligación generaba la aplicación de una multa y la pena de clausura para el periódico. El proyecto no tuvo éxito, pero en 1822 fue sancionada una ley que imponía, a los propietarios de los periódicos, la obligación de insertar dentro de los tres días de su recepción la respuesta de toda persona que hubiera sido nombrada en un impreso, bajo apercibimiento de la aplicación de una multa (641).

---

(640) ANTONIO AGUILERA FERNÁNDEZ, *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información*, p. 39, Ed. Comares, Granada 1990.

(641) ELIEL C. BALLESTER destaca que los acontecimientos que motivaron la sanción de esa ley fueron precipitados por Richelieu quien habría pretendido preservar, en 1820, la subsistencia del régimen monárquico mediante la censura y la implantación del delito de tendencia. Todo ello por considerar que los excesos de los periódicos habían sido la causa del asesinato del duque de Berry. El proyecto, elaborado por Mastadier, contó con la firme defensa del ministro de justicia Peyronnet y la oposición decidida del duque de Broglie, expresadas en la Cámara de los Pares. Asimismo, en el curso de su debate, Roger-Collard destacó que *"la discusión profundizada de los artículos hará ver que el proyecto oprime a la libertad de prensa, y que las enmiendas de la Comisión la destruyen enteramente"* (*Derecho de respuesta*, p. 2, Ed. Astrea, Buenos Aires 1987).

Julio Verne, en su libro titulado "*París en el Siglo XX*" (642), se refirió, entre otros temas, al derecho de réplica, describiendo su visión sobre el futuro de la prensa libre y de la actividad periodística. Se trata de una de las obras escritas por Verne en su juventud, aproximadamente en 1863, y que no habiendo sido publicada en vida del autor, fue editada en 1994 al encontrarse sus manuscritos originales.

Verne se proyecta al año 1960 y nos describe un panorama social materialista en el cual, los excesos del tecnicismo y el predominio de los tecnócratas, forjaron una idea social dominante que relega a un plano secundario y rodeado del mayor de los desprecios a las obras del espíritu humano. La actividad intelectual del hombre destinada a satisfacer no sólo las necesidades emanadas de su esencia espiritual, aparece desprovista del más mínimo respeto y prestigio social, objeto del más intenso desaire y condenada al olvido por considerarse inútil para el desenvolvimiento de la vida humana.

Como no podía ser de otra manera, entre las entidades y actividades alcanzadas por esa idea social dominante, Verne incluye a los medios de prensa y a los periodistas, describiendo los factores que acarrearón la desaparición de aquellos a la época en que proyecta su relato.

La extinción de la prensa obedeció, según Verne, a la absoluta despreocupación expresada por los hombres sobre temas y noticias de índole política. Concentrado su interés sobre el comercio y la industria, y advirtiendo que el gobierno se comporta como un buen administrador en un mundo donde no existen las guerras ni las confrontaciones políticas por el poder, los medios de prensa quedaron desprovistos del objeto fundamental que suscita el interés del proceso informativo.

Asimismo, la pérdida de credibilidad de los medios de prensa, debido a los excesos incurridos con las críticas mal intencionadas y la irresponsable conducta de los periodistas, contribuyó a fomentar el desinterés de los individuos y la condena social a los hoy mal llamados "*comunicadores sociales*". En definitiva, la insatisfacción del lector —juez supremo de la actividad periodística— condujo al caso de los medios de prensa debido a la pérdida de credibilidad.

Si no se han cumplido los presagios del genial escritor francés, ello obedeció fundamentalmente a que los maravillosos progresos técnicos experimentados en el siglo XX han sido acompañados, en

---

(642) JULIO VERNE, *París en el Siglo XX*, p. 173, Ed. Andrés Bello, Santiago de Chile 1994.

mayor o menor medida, por una evolución positiva de la vida espiritual de los hombres, tanto cualitativa como cuantitativamente.

En el marco de ese desarrollo, es indudable que los medios de prensa no quedaron a la zaga de las expectativas sociales, sino que supieron adecuarse al dinamismo de la vida social satisfaciendo el intenso derecho a la información de los hombres, cuyo grado y amplitud son mucho mayores a los del siglo XIX.

Además, la expansión en el mundo de los principios liberales de la democracia constitucional, con el consecuente protagonismo fundamental de los hombres, generó nuevas demandas sociales hacia el sector periodístico que obtuvo respuestas satisfactorias, modernas y ágiles llegando, inclusive, a cumplir la función política de control del poder mediante la crítica de los gobernantes al ocupar, muchas veces, los espacios vacíos generados por la inactividad de los partidos y fuerzas políticas de oposición. A ello se añade una creciente preocupación de los hombres de prensa por elevar el grado de responsabilidad en la actividad periodística, aunque teniendo en cuenta que la madurez del periodista no puede ser mayor ni menor que la correspondiente a la sociedad de la cual proviene.

Sin embargo, entre aquellos factores que menciona Verne, incluye a uno que alcanzó particular gravitación a partir de mediados del siglo XX, y que acarrea uno de los riesgos potenciales más serios para la subsistencia con amplitud de una prensa libre e independiente, y como tal desprovista de censura. Se trata del mal llamado derecho de réplica.

Verne, al describir cómo ese derecho de réplica terminó destruyendo a la prensa libre, escribe que consistió en *"La aplicación en gran escala de un artículo del Código Penal. Toda persona nombrada en un artículo tenía derecho a responder en el mismo lugar y con igual cantidad de palabras. Los autores de obras de teatro, de novelas, de libros de filosofía, de historia, empezaron a responder en masa a sus críticos; cada uno tenía derecho a una cantidad de palabras, y usaba de su derecho; los periódicos intentaron resistir, al principio, este proceso; se los condenó; para que cupieran las respuestas, agrandaron el formato; pero los inventores de maquinaciones no cesaron; no se podía hablar de nada sin provocar una respuesta; y esto se convirtió en un abuso de tales dimensiones que terminó por acabar con la crítica. Y con ella desapareció el último recurso del periodismo"*.

Es de esperar que el vaticinio de Verne no se transforme en una triste realidad. Porque, sin una prensa libre e independiente, y por más que estemos en desacuerdo con algunas publicaciones y opiniones que sin embargo debemos saber respetar y tolerar, todos los

restantes derechos del hombre quedan desprovistos de la mejor de las garantías para su efectiva subsistencia.

En nuestro país, entre otros antecedentes, se registran los proyectos elaborados por Rafael Bielsa en la Federación Argentina de Colegios de Abogados en 1929; los proyectos de 1934 que presentaron en el Senado de la Nación Matías Sánchez Sorondo y José Matienzo; el proyecto del diputado Francisco Cheble de 1964; el proyecto del diputado Eduardo Massolo de 1965; el proyecto elaborado en el Ministerio de Justicia de la Nación en 1977; el proyecto del Poder Ejecutivo propiciando la modificación del art. 1071 bis del Código Civil que fue presentado en 1985; el proyecto de 1984 del senador Ricardo Laferriere; el proyecto de 1985 del diputado Alberto Maglietti; el proyecto del diputado Jorge Vanossi modificando el texto elevado por el Poder Ejecutivo de reforma al art. 1071 bis del Código Civil, el proyecto del diputado Jorge Folloni de 2000; y diversos proyectos auspiciados por juristas y entidades jurídicas especializadas.

A ellos se agregan ciertas leyes provinciales sobre la materia que, en algunos casos, están basadas sobre las normas de las constituciones locales que receptaron el derecho de respuesta.

Consideramos que la eventual reglamentación legislativa del derecho de rectificación o respuesta solamente puede emanar de una ley nacional o de un tratado internacional y no de una norma jurídica provincial, con la salvedad referente a la regulación de sus aspectos procesales. Ello es así porque se estará regulando una libertad prevista en la Constitución mediante la sanción de normas de fondo (art. 75, inc. 12 C.N.) (643).

Aquella tendencia tuvo un importante respaldo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que fue aprobada mediante la ley 23.054 del 1° de marzo de 1984. A partir de la reforma constitucional de 1994, el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental, le asigna a esa Convención una jerarquía superior a la de las leyes. Además, si bien no modifica parte alguna de la Constitución, sus normas deben ser interpretadas como complementarias de los derechos y garantías constitucionales.

El art. 14 de esa Convención establece:

*"1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión*

---

(643) Conf. JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *El derecho de réplica debe ser reglamentado solamente por el Congreso Nacional*, LALEY, 1986-C, 978 y *Responsabilidad civil y otros estudios*, t. II, p. 121, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992.

*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.*

2. *En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.*
3. *Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial".*

También, en nuestra doctrina, se expresaron muchas opiniones favorables a la implantación del derecho de réplica (644), avaladas por prestigiosos constitucionalistas (645).

Algunas de estas opiniones tienen una sólida fundamentación racional. Otras, lamentablemente, están imbuidas de un preconceito erróneo, que evidencia el desconocimiento sobre la operatoria de los medios de comunicación y su rol institucional en los sistemas democráticos (646).

---

(644) SUSANA CAYUSO y RICARDO TIRIGALL CASTÉ (*Derecho de réplica*, El Derecho 117-977); NORBERTO PALACIO y EDUARDO MONTI (*El Derecho de réplica y la tutela de los derechos de la responsabilidad*, El Derecho 122-881); JULIO C. RIVERA (*Admisión del derecho de réplica como derecho subjetivo implícito en la Constitución Nacional*, El Derecho 123-114); JORGE BUSTAMANTE ALSINA (*El derecho de réplica debe ser reglamentado solamente por el Congreso de la Nación*, LA LEY, 1986-C, 978).

(645) GERMÁN BIDART CAMPOS (*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 275, Ediar, Buenos Aires 1986); NÉSTOR SAGÜES (Disertación sobre el derecho de réplica realizada en el Primer Seminario Profesional de Aspectos Jurídicos de la Empresa Periodística, realizado por la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas en Buenos Aires el 29 de junio de 1988).

(646) Así, a veces se sostiene que los medios de comunicación son emporios económicos en los cuales prevalece la consideración de los intereses comerciales sobre la verdad y la justicia. También se destaca la extrañeza por el hecho de que los medios de prensa se opongan al derecho de réplica, cuando deberían estar firmemente empeñados en defender la manifestación de la verdad. Sin embargo, la inmensa mayoría de los medios no son emporios económicos, tal como se puso en evidencia durante la crisis económica que azotó al país durante los años 1989 y 2000, ni tampoco es cierto que en ellos prevalezcan los aspectos comerciales sobre la libertad de opinar, como lo atestiguan millares de hombres de la prensa que fueron encarcelados, torturados y asesinados por haber discrepado sus opiniones con las ideas del gobernante de turno. Tampoco advierten que, generalmente, los medios de prensa acceden a publicar las respuestas que les son remitidas, ya sea mediante notas especiales o su inserción en el rubro de cartas de lectores.

La doctrina no es uniforme, ya que también se han expresado opiniones autorizadas destacando la inconstitucionalidad del derecho de réplica (647).

## 224. CONCEPTO

Considerando, como marco de análisis, los diversos proyectos presentados para implementar este instituto, se puede tipificar el derecho de réplica de la manera siguiente:

1. Por un medio de comunicación, dirigido al público en general, deberá expresarse una información, referencia o mención que afecte a una persona.
2. Esa publicación debe ser inexacta o agravante en un grado suficiente para ocasionar un perjuicio a la reputación de una persona.
3. La persona afectada podrá solicitar que se difunda su respuesta en forma gratuita —condición no establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos— por el mismo medio de comunicación el cual, eventualmente, podrá reclamar el reintegro de los gastos incurridos de quien fue el causante de la información difundida.
4. La negativa a la difusión otorga al particular una acción judicial de trámite sumárisimo para materializar su derecho.

Sobre la base de tales características, el replicato compulsivo consiste en la facultad reconocida a toda persona que se considere agraviada o afectada por una información inexacta o agravante emitida a través de un medio técnico de comunicación social para difundir, por igual medio, las aclaraciones, réplicas o respuestas que estime satisfactorias, para precisar las modalidades correspondientes a los hechos susceptibles de lesionar su reputación personal o legítimos sentimientos. Tal potestad trae aparejada la obligación, para el propietario, director o editor del medio de difusión, de publicar, en forma gratuita, aquellas manifestaciones aunque la causa de la réplica resida en expresiones provenientes de personas ajenas al medio que las difundió.

---

(647) Entre otros, SEGUNDO V. LINARES QUINTANA (*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. IV, p. 456, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires 1977/1988) y MIGUEL PADILLA (Disertación expuesta en el seminario citado en cita 475).

El análisis de los fundamentos esgrimidos para incorporar el derecho de réplica a la legislación nacional permite detallar sus objetivos:

1. Otorga a la persona afectada un remedio adicional y ágil para asumir la defensa de sus derechos personales.
2. Permite el acceso a los medios de difusión pública a todas aquellas personas que quieren ejercer el derecho de publicar sus ideas sin censura previa, con el propósito de defender sus libertades lesionadas a través de las expresiones vertidas por aquellos.
3. Resalta la función social de los medios de comunicación como instrumentos transmisores de una información veraz.
4. Ofrece a los grupos de opinión las diversas interpretaciones que se pueden extraer de un hecho público, y a través de la participación directa de sus protagonistas.

## 225. REGULACIÓN LEGISLATIVA

El derecho de rectificación o respuesta no está regulado legislativamente en el orden nacional. Al margen de su inserción en algunos textos constitucionales y leyes reglamentarias provinciales que no se compadecen con los preceptos jerárquicamente superiores de la Constitución Nacional, porque se trata de una materia delegada por las provincias a la Nación (art. 75, inc. 12), la única norma de derecho interno que lo prevé expresamente es el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cabe destacar que esa Convención reviste jerarquía constitucional siempre que no altere en desmedro de los derechos constitucionales o desconozca las declaraciones, derechos y garantías contenidas en la Ley Fundamental. Caso contrario, la norma internacional estará desprovista de validez constitucional según lo establece el art. 27 de la Constitución.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos determina cuáles son los contenidos y características del derecho de rectificación o respuesta, que no podrán ser desconocidos por las leyes reglamentarias que sancionen sobre el particular los Estados signatarios. Ellos son los siguientes:

1. El titular del derecho es toda persona directamente afectada por informaciones inexactas o agraviantes, siempre que ellas fueran emitidas en su perjuicio.

2. La expresión de las informaciones debe ocasionar un perjuicio al titular del derecho, ya sea de índole material o moral, con envergadura suficiente para tener capacidad potencialmente agravante de carácter objetivo. La determinación de este requisito debe ser efectuada sobre la base de la idea social dominante.
3. Las expresiones inexactas o agraviantes deben configurar, esencialmente, una información y no una opinión. Deben consistir en un juicio de conocimiento y no en un juicio de valor. La emisión de opiniones, aunque ellas causen un agravio para cierta persona o se basen sobre datos inexactos o falsos, no traen aparejado el derecho de rectificación o respuesta.
4. La información debe ser inexacta o, de ser cierta, agravante para el sujeto activo. Si es inexacta, no resulta necesario que sea agravante, pero si es cierta debe ser agravante.
5. La información debe ser dirigida al público en general y a través de un medio de difusión. La información emitida en forma reservada, o en forma pública aunque prescindiendo de un medio técnico de comunicación social, no genera el derecho de rectificación o respuesta. Solamente podrá desembo- car en el mismo si, con posterioridad a su emisión, es difundida por un medio técnico de comunicación social.
6. El ejercicio del derecho de rectificación o respuesta sólo es admisible con motivo de la emisión de informaciones inexactas o agraviantes a través de un medio de difusión legalmente reglamentado. Esto significa que si la emisión se produce a través de medios desprovistos de una reglamentación legal específica, no cabe imponer coactivamente la rectificación o respuesta. Con un criterio hermenéutico amplio, no cabe duda que, en mayor o menor grado, todos los medios de difusión están reglamentados legalmente. De modo que, si se impusiera este temperamento, carecería de todo sentido la mención sobre los medios de difusión legalmente reglamentados. Esto nos induce a entender que la referencia a los medios reglamentados importa la exclusión de algunos de los canales de prensa a los fines de la rectificación o respuesta. Los medios reglamentados son aquellos que son propiedad del Estado, o cuya explotación es consecuencia de una concesión estatal, y que están sujetos a una reglamentación específica debido a su naturaleza jurídica estatal. No son medios reglamentados, y por ende ajenos al instituto establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los medios de difusión de propiedad privada y cuyo



- desenvolvimiento no requiere de espacios sujetos al dominio público estatal (648).
7. El objeto del derecho es el de materializar, de manera inmediata, la difusión de la réplica o rectificación por el mismo medio de comunicación social que difundió la información inexacta o agravante. Habrá réplica si la información es cierta pero agravante, en cambio habrá rectificación cuando la información es inexacta.
  8. El derecho se debe ejercer por el mismo medio de comunicación que difundió la información inexacta o agravante. Esto significa que la desaparición material del medio de prensa impide el ejercicio del derecho por cuanto no puede ser sujeto pasivo de una relación jurídica un medio técnico de comunicación que no difundió ese tipo de información. Además, será necesario que el medio de difusión tenga un funcionamiento regular, porque si se trata de un medio irregular, como un libro, una placa discográfica, una cinta, sería irrazonable disponer la publicidad de un nuevo libro, placa o cinta para difundir la réplica o rectificación.
  9. La Convención Americana sobre Derechos Humanos no establece que el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta es gratuito. La inexistencia de esa imposición, el debido respeto por el derecho de propiedad privada, y la circunstancia que la viabilidad del derecho no está condicionada a la prueba fehaciente de un perjuicio, tornan prudente no imponer legislativamente a la rectificación o respuesta con carácter gratuito.
  10. Mediante una ley reglamentaria se deberán instrumentar los detalles del contenido y ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. La inexistencia de esa ley en el orden nacional no impidió la aplicación de este mecanismo por vía jurisprudencial (649).

## 226. VALORACIÓN CONSTITUCIONAL

El derecho de respuesta se presenta como un instituto aparentemente eficaz y razonable para defender los derechos de las perso-

---

(648) Conf. CARLOS COLAUTTI, *Derechos Humanos*, p. 167, Ed. Universidad, Buenos Aires 1995.

(649) Fallos CS 315:1492.

nas, el derecho a la información de los grupos sociales y la verdad objetiva frente a los llamados abusos de prensa.

Esta conclusión podría ser aceptada si la unidad de análisis del instituto se limitara a las libertades personales establecidas por la Constitución Nacional. Sin embargo, si ampliamos aquella unidad al marco íntegro de la Constitución, y recordamos que la libertad de prensa es también una libertad institucional y estratégica, la conclusión será totalmente distinta.

Desde un punto de vista práctico, son cuantiosos y sumamente graves los perjuicios que acarrea el replicato compulsivo para la libertad de prensa. La simple lectura de cualquier periódico revela que, su contenido, es susceptible de generar decenas de pedidos de réplica por la disparidad de las opiniones y las numerosas modalidades que permite la publicación de un hecho.

Asimismo, el efecto multiplicador de la institucionalización de semejante derecho, será fuente de innumerables peticiones que repercutirán sobre los costos de las publicaciones, la cantidad y calidad de las opiniones o noticias a difundir y, sustancialmente, sobre el derecho a la información de la sociedad. Todo ello, a su vez, podrá desembocar en la implantación de una férrea autocensura.

Es cierto que, por una razón ética, los medios de difusión acostumbra a dar a conocer los puntos de vista controvertidos, y a rectificar los errores de información. Pero tal situación, cuya práctica razonablemente mantendrán los medios de comunicación, será alterada con innumerables peticiones que versarán, no solamente sobre temas políticos y de interés público, sino también sobre las críticas personalizadas que se expresen en temas culturales, científicos, deportivos, económicos y de cualquier otra índole. No hay razón válida para limitar el replicato compulsivo a las cuestiones de interés público, e impedir su proyección sobre otras materias susceptibles de publicación; inclusive cartas de lectores, solicitadas y avisos publicitarios.

Por otra parte, como el texto a difundir es redactado por la persona que ejerce la réplica, su contenido puede resultar lesivo para otra u otras personas, que también dispondrán de igual recurso para preservar sus derechos afectados. Las réplicas y contrarréplicas se podrán suceder en forma interminable a costa de un medio cuyos recursos son limitados, generando así una situación caótica donde, en definitiva, el remedio puede ser peor que la enfermedad.

A estos inconvenientes de orden práctico se agregan serios reparos de carácter jurídico constitucional que podemos sintetizar en los siguientes:

1. La libertad de prensa es también una libertad institucional y estratégica, cuyo ejercicio, libre de toda traba, compete a los individuos sin que el Estado o los particulares puedan restringir su desenvolvimiento.
2. La libertad de prensa otorga, a quien conduce el medio de comunicación social, una facultad ilimitada para determinar el contenido del acto de difusión, sin estar sujeto a interferencias provenientes del Estado o los particulares.
3. El replicato compulsivo, al imponer una publicación contra la voluntad del propietario, director o editor del medio de comunicación, configura una especie de censura vedada por la Constitución. La libertad de difundir comprende también la libertad de no difundir.
4. Como la libertad de prensa reviste jerarquía institucional y estratégica, su vigencia nace del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno mencionados en el art. 33 de la Constitución. Consecuentemente, tales principios no se pueden invocar para fundar legalmente el derecho de réplica.
5. Ninguna autoridad gubernamental puede imponer el contenido de una publicación. Con el derecho de réplica, y en última instancia, se estará acordando esa atribución al Poder Judicial que asumirá el rol legal de auténtico censor.
6. La Convención Americana sobre Derechos Humanos no es suficiente para avalar la legalidad del derecho de réplica, por oponerse, en este caso, al art. 27 de la Constitución, que condiciona la validez de los tratados a su conformidad con los principios del derecho público por ella establecidos, entre los cuales figura la libertad institucional y estratégica de prensa. Igual resultado se obtiene a través de la interpretación del art. 31 de la Constitución que consagra el principio y la técnica de la supremacía constitucional sobre leyes y tratados, extendiendo su ámbito a las normas provinciales. Todo ello, sin perjuicio de la clara referencia a los medios de difusión "*legalmente reglamentados*", a los cuales la citada Convención limita la aplicación del replicato compulsivo.
7. El derecho de réplica constituye una sanción encubierta para los presuntos abusos de prensa, cuya punición está expresamente vedada por el art. 32 de la Constitución. Precisamente, esa norma impide que se dicten leyes específicas destinadas a restringir la libertad de imprenta, y el derecho de réplica es un instituto específicamente destinado a restringir la libertad

de expresión, porque sólo se aplica con motivo del ejercicio de esa libertad.

8. El derecho de réplica no solamente lesiona la capacidad de decisión de los conductores del medio de difusión, sino también su derecho de propiedad al poner a cargo de ellos el costo de una publicación realizada contra su voluntad.
9. Se establece un supuesto de responsabilidad objetiva con prescindencia del dolo o culpa del emisor de la información cuestionada. Aunque se pruebe que la noticia es veraz, aunque se acredite que la noticia fue emitida obrando con suma diligencia, sin ánimo de lesionar, sin dolo o culpa, de todas maneras se impone la obligación de difundir la respuesta.
10. Constituye una forma de autocensura, ya que se coloca al director del medio de difusión frente a la alternativa de no formular críticas o comentarios desfavorables para una persona, o de practicarlos siempre de manera benévola. Esta autorrestricción repercutirá negativamente sobre la sociedad al privarla de un caudal significativo e importante de información.

El establecimiento, o restablecimiento, de un sistema democrático constitucional, trae aparejado un movimiento revitalizador para las libertades individuales, cuyo objetivo y defensa configuran la esencia de aquel régimen. Así se instrumentan y proyectan nuevas técnicas y herramientas destinadas a preservar aquellas libertades evitando su desnaturalización por obra de un comportamiento autoritario. Sin embargo, con ese loable propósito, muchas veces se incurre en excesos que dejan desprotegidas a tales libertades. Es que, con lamentable frecuencia, la historia política nos enseña que cuando se restringe la libertad de prensa se allana el camino para vulnerar a las restantes libertades y dar comienzo a un ciclo político totalitario.

Descalificar constitucionalmente el derecho de réplica no significa restar importancia a la defensa de la personalidad, dignidad y honra de las personas. En el ámbito jurídico rigen normas penales y civiles que amparan debidamente a esos derechos personales y, si ellas son consideradas insuficientes o ineficaces, lo que corresponde es remediar sus defectos y gestar una infraestructura judicial que las aplique con eficiencia, sin necesidad de acudir a procedimientos que no tienen espacio en el marco constitucional.

## 227. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

En la jurisprudencia extranjera reviste particular importancia el encuadre constitucional que realizó la Suprema Corte de los Estados

Unidos sobre el derecho de rectificación o respuesta al resolver el caso "*Miami Herald Pub. Co. vs. Tornillo*" (650). No solamente por el agudo análisis que efectuó el tribunal sobre el derecho de respuesta a la luz de la libertad de prensa y del derecho de propiedad privada, sino también por la decisión unánime de sus miembros que descalificaron la constitucionalidad del derecho de respuesta (651).

El diario *Miami Herald* había publicado editoriales criticando severamente la nominación de Pat Tornillo como candidato a miembro de la Cámara de Representantes del Estado de Florida. Tornillo, invocando la ley que consagraba el derecho de réplica en ese Estado, exigió que el diario publicara sus respuestas a esas críticas y, como su reclamo no fue aceptado, accionó ante la Corte de Circuito.

El *Miami Herald* solicitó ante el Tribunal que la norma local fuera declarada inconstitucional por ser violatoria de las Enmiendas I y XIV de la Constitución norteamericana, y la Corte de Circuito accedió a su petición. Recurrido el fallo ante la Suprema Corte del Estado de Florida, fue revocado por entenderse que la ley no violaba ninguna libertad constitucional y que, por el contrario, protegía el amplio interés social en la libre divulgación de la información (652).

Planteado el caso ante la Suprema Corte de los Estados Unidos ésta, por decisión unánime de sus miembros, declaró la inconstitucionalidad de la ley local que establecía el derecho de réplica.

El Presidente del Tribunal, Warren Burger, expresó que "*La clara implicancia es que es inconstitucional esa compulsión a publicar lo que la razón dice que no debería ser publicado. Una prensa responsable es sin duda un objeto deseable, pero la responsabilidad de la prensa no está impuesta por la Constitución y como otras tantas virtudes no puede ser legislada. La materia de este caso se refiere a la compulsión sobre los editores o publicistas para publicar lo que la razón les dice que no debería ser publicado. La ley de Florida actúa como una compulsión en el mismo sentido que una ley o reglamentación que prohíba al actor publicar determinado asunto. La ley de Florida esta-*

---

(650) 418 U.S. 241 (1974).

(651) La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver el caso "*Ekmekdjian c. Sofovich*" (LA LEY, 1992-C, 543; DJ, 1992-2-296), citó en apoyo de sus conclusiones (considerando 9º) la opinión parcial de uno de los jueces de la Corte de los Estados Unidos en el caso "*Miami Herald vs. Tornillo*", sin analizar el resto de sus argumentaciones y de los restantes jueces que se pronunciaron, todos ellos, por la inconstitucionalidad del derecho de respuesta.

(652) WILLIAM LOCKHART, YALE KAMISAR, JESSE CHOPER y STEVEN SHIFFRIN, *The American Constitution*, p. 696, West Publishing Co., Minnesota 1986.

blece una penalidad sobre la base del contenido del periódico. El primer aspecto de la penalidad resulta de que la publicación obligada de una réplica se traduce en el costo de la composición e impresión de los materiales, así como del espacio que podría haber sido destinado a otro material que el periódico hubiera preferido publicar. Amenazados por las penalidades que podrían acumularse sobre cualquier periódico que publicara noticias o comentarios controversiales, de acuerdo con los términos de la ley sobre derecho de intervención, los editores podrían llegar a la conclusión que la salvaguarda consiste en evitar la controversia. En consecuencia, mediante la aplicación de la ley de Florida la discusión política y electoral podría ser obstaculizada o limitada. El derecho del gobierno de intervenir en forma compulsiva ineludiblemente reduce el vigor y los límites de la diversidad del debate público. Pero aun cuando un periódico no tuviera que soportar gastos adicionales para cumplir con una ley de intervención compulsiva y no se viera obligado por ello a renunciar a la publicación de noticias y opiniones por la inclusión de una réplica, la ley de Florida fracasa en salvar las barreras de la Enmienda Primera debido a su intrusión en la función de los editores. La selección del material que ha de ir en un periódico y las decisiones que se tomen en cuanto a los límites de la dimensión y contenido del diario, así como el tratamiento a darse a los acontecimientos públicos y funcionarios del gobierno, sea o no imparcial, comporta el ejercicio del control y discernimiento editorial".

En opinión concurrente, el juez White sostuvo que "La Corte establece hoy que la Enmienda Primera impide a un Estado exigir a un periódico que publique la réplica de un candidato a un cargo público, cuya conducta personal había sido criticada por los editores de dicho diario. De acuerdo con nuestra jurisprudencia consagrada, la Enmienda Primera erige una barrera virtualmente infranqueable entre el gobierno y los medios de prensa para que el gobierno no interfiera antes de su publicación, en lo concerniente al contenido de noticias y editoriales. Un periódico o una revista no son un servicio público sujeto a una regulación legislativa razonable en asuntos que afecten el ejercicio de discernimiento periodístico en cuanto a lo que debe ser publicado. Hemos aprendido y continuamos aprendiendo de lo que consideramos experiencias desgraciadas de otras naciones en las que se ha permitido al gobierno tener injerencia en los asuntos editoriales internos de los periódicos. A pesar de los beneficios que puedan ser los propósitos del control de la prensa, preferimos el poder de la razón utilizado a través de la discusión pública, y nos mantenemos profundamente escépticos respecto de aquellas medidas que pudieran permitir al gobierno introducirse en los recintos editoriales de la prensa de la nación. Cualesquiera sean las diferencias que puedan existir en

la interpretación de la Enmienda Primera, existe acuerdo general en que el propósito primordial de aquella Enmienda ha sido la protección de la libre discusión de los asuntos de gobierno; ésta, desde luego, incluye las discusiones de candidatos, estructuras y formas de gobierno y todas las cuestiones relativas a los procesos políticos. La Constitución específicamente ha elegido a la prensa para desempeñar un importante rol en la discusión de los asuntos públicos. Es por eso que la prensa fue concebida para servir de poderoso antídoto de todos los abusos de poder de los funcionarios gubernativos y como un medio constitucionalmente escogido para mantener a los funcionarios elegidos por el pueblo responsables ante el pueblo que los eligió para servirlo. La supresión del derecho de la prensa a elogiar o criticar a los agentes del gobierno y para contender en favor o en contra del cambio amordaza a uno de los verdaderos órganos que los Padres de nuestra Constitución concienzuda y deliberadamente eligieron para desarrollar y mantener libre a nuestra sociedad. Por supuesto que no siempre la prensa es exacta o tampoco responsable y puede presentar un debate completo e imparcial sobre los acontecimientos públicos importantes. Pero los términos de la alternativa contenida en la Enmienda Primera con relación a la prensa, es que la sociedad debe asumir el riesgo de que a veces el debate no sea comprensivo y que no todas las opiniones puedan ser expuestas. La prensa no debe estar sujeta a permiso porque, con palabras de Jefferson, donde la prensa es libre y cada hombre es capaz de leer, todo está a salvo. Todo otro régimen, todo otro sistema que sustituya el control privado de la prensa por la pesada mano de la intrusión del gobierno, haría al gobierno censor de lo que el pueblo puede leer y conocer. Para justificar esta ley, Florida invoca su gran interés en asegurar elecciones libres e imparciales por medio de un electorado informado de las opiniones. Pero la compulsión previa del gobierno en cuestiones que hacen al verdadero centro nervioso de un periódico —la decisión acerca del material que será incluido o no en una determinada edición— se encuentran en colisión con la Enmienda Primera. Insisto a la esencia de la Enmienda Primera se halla el sentimiento ineludible a la vez que permanente de que la libertad de prensa está en peligro tan pronto como el gobierno intenta presionar sobre lo que debe ir en un periódico. El aspecto constitucionalmente objetable de la ley no es que la legislatura de Florida pueda también haber puesto un gran interés en la protección de la reputación individual; ya que el gobierno tiene ciertamente un profundo y fuerte interés en la prevención y la represión de los ataques a la reputación. Absolutamente por el contrario, esa ley en colisión con la proposición elemental contenida en la Enmienda Primera, de que el gobierno no puede obligar a un periódico a publicar material que, a su discreción periodística, haya decidido desechar. Cualquiera que sea el

*poder que pueda tener el gobierno para influir en la publicación de algunas categorías de material estrictamente reducidas, nunca hemos pensado que la Enmienda Primera permitiera a los funcionarios públicos imponer a la prensa el contenido de sus columnas o la doctrina de sus editoriales. Pero aunque un periódico pueda publicarse sin censura gubernativa, nunca ha quedado enteramente exento de responsabilidad por lo que escogió para publicar. Entre otras cuestiones, la prensa nunca ha tenido completa libertad para publicar falsedades que afecten la reputación individual. Por lo menos hasta hoy, hemos meritado lo bastante el interés por la reputación del ciudadano común para concederle la oportunidad imparcial para vindicarla, mediante una acción de libelo específicamente establecida por la ley estadual. El ciudadano no ha estado en condiciones de obligar a la prensa a publicar su propia versión de la noticia, ni a publicar una retractación, pero sí ha sido capaz de probar la falsedad de la publicación perjudicial, así como también ha tenido una oportunidad imparcial para obtener una razonable reparación del perjuicio sufrido por el agravio”.*

La sentencia emitida por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso comentado dista de responder a una concepción dogmática. Ella está impregnada por una fundamentación pragmática resultante de una interpretación finalista y sistemática de la Ley Fundamental, sin perjuicio de advertir la inserción de ciertos preceptos que estuvieron arraigados en el pensamiento de algunos intelectuales en el siglo XX.

Así, a mi modo de ver, erróneamente se sostuvo que la eliminación de la competencia entre los diarios en la mayoría de las grandes ciudades y la concentración del control de los medios de información determinan que el único diario pertenezca a los mismos intereses que poseen una estación de radio o de televisión, siendo importantes componentes de esta tendencia hacia la concentración del control de las vías para la información del público.

Este argumento, desenvuelto parcialmente como una convicción y, en parte, como descripción de una corriente de opinión, no hace más que recoger la dialéctica autocrática expuesta a partir de 1930 para contrarrestar los efectos políticos del pluralismo en materia de prensa. En efecto, a veces, y con singular ligereza, se afirma que los medios de comunicación son emporios económicos en los cuales prevalece la consideración de los intereses comerciales sobre la verdad y la justicia. Sin embargo, por lo menos en la Argentina, la inmensa mayoría de los miles de medios de prensa, tanto escritos como electrónicos, lejos están de ser emporios económicos como se puso en evidencia durante la crisis de 2001. Por otra parte, y ade-



más de no ser condenable jurídicamente dar preferencia a los intereses comerciales, tampoco es cierto que ellos prevalezcan en la actividad periodística como lo prueban los continuos conflictos generados por el ejercicio de la libertad de expresión que se suscitan entre los medios de prensa, por una parte, y los gobernantes y grupos económicos por la otra.

Sin embargo, aquellos preconceptos económicos sobre los medios de prensa no gravitaron sobre la sentencia pronunciada por la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Originariamente, la doctrina establecida por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso "*Miami Herald vs. Tornillo*", se aplicó exclusivamente a los medios gráficos porque, para los medios electrónicos, regía la doctrina descripta al resolver el caso "*Red Lion Broadcasting Co. vs. 2 FCC*" (653) del año 1969.

La Red Lion Broadcasting estaba autorizada para operar la estación de radio WGCB de Pennsylvania, que emitía un programa del Reverendo Billy James Hargis. El 27 de noviembre de 1964 se difundió una crítica al libro de Fred J. Cook titulado "*Goldwater, extremismo en la derecha*". En ella se destacó que el autor del libro había sido despedido de un diario por haber efectuado falsas denuncias contra funcionarios municipales, que trabajaba para una publicación afiliada al comunismo y que el propósito del libro era el de desprestigiar y destruir a Barry Goldwater, entonces candidato presidencial por el partido Republicano.

Cook se consideró personalmente agraviado y solicitó, a la Comisión Federal de Comunicaciones, que obligara a la radio WGCB a permitirle ejercer el derecho de réplica que ésta le había negado. La Comisión aceptó el reclamo de Cook por entender que la emisión del Reverendo Hargis constituía un ataque personal y que la WGCB no había dado cumplimiento a las obligaciones que le imponía la "*fairness doctrine*" o doctrina de la equidad. Esta última consistía en la obligación impuesta a las emisoras de radiodifusión autorizadas por el gobierno federal para suministrar una información equitativa de las diversas opiniones controvertidas sobre temas de interés público.

La Red Lion Broadcasting recurrió ante la justicia de la decisión adoptada por el organismo gubernamental que, al poco tiempo de iniciado el proceso judicial, emitió una reglamentación precisando los aspectos de la "*fairness doctrine*" o "*doctrina de la imparcialidad*".

La Suprema Corte de los Estados Unidos convalidó la decisión de la Comisión Federal de Comunicaciones, por entender que *"Cuando en 1959 el Congreso ratificó la posición de la Comisión Federal de Comunicaciones sobre la 'fairness doctrine', no avaló todas las decisiones y pronunciamientos anteriores de esa Comisión, ni le dio absoluta libertad para el futuro. La autorización legislativa no llega tan lejos". "Donde hay substancialmente más individuos que quieren transmitir por radio que frecuencias a adjudicar, es ocioso afirmar el amplísimo derecho emergente de la Primera Enmienda para emitir por radio, como comparable al derecho de cada individuo a hablar, escribir o publicar". "El derecho a transmitir por radio se otorga por medio de una concesión o permiso, pero el permisionario no tiene el derecho constitucional a ser el único que lo detente ni a monopolizar una frecuencia radial excluyendo a sus conciudadanos". "En términos de principios constitucionales y tratándose de compartir un recurso escaso, las reglas sobre ataques personales y editoriales políticos no se distinguen de las disposiciones sancionadas específicamente por el Congreso que exigen a las estaciones reservar espacios de réplica en determinadas circunstancias, y respecto de las que la 'fairness doctrine' es importante complemento". "No ratificamos ahora todas las decisiones pasadas y futuras de la Comisión Federal de Comunicaciones con respecto a las programaciones radiales. Aquí no se plantea la cuestión de una negativa de la Comisión a autorizar al permisionario la emisión de un programa determinado o a difundir sus propias opiniones; o de una negativa discriminatoria en exigir al permisionario la emisión de ciertas opiniones a las que se había denegado el acceso a la radiodifusión; o de la censura gubernamental de un programa determinado; o de las opiniones oficiales del gobierno. Estas cuestiones plantearían problemas más serios frente a la Primera Enmienda. Nosotros sostenemos que el Congreso y la Comisión no violan la Primera Enmienda cuando exigen que una estación de radio o televisión concedan espacio para la réplica contestando los ataques personales o los editoriales políticos". "En razón de la escasez de frecuencias de radiodifusión, el papel del gobierno en adjudicarlas y las legítimas reclamaciones de quienes sin ayuda del gobierno no pueden acceder a esas frecuencias para expresar sus opiniones, sostenemos que las reglamentaciones y normas aquí discutidas están autorizadas por la ley y son constitucionales".*

Similar fundamentación fue expuesta en el caso *"Columbia Broadcasting vs. Democratic National Committee"* (654), aunque destacando que la Constitución no garantizaba un derecho de acceso a

los medios electrónicos de comunicación social, viable de ser ejercido por cualquier ciudadano y bajo cualquier circunstancia. La Suprema Corte aclaró que el reconocimiento estaba limitado de manera razonable para los candidatos a cargos electorales y solamente durante el curso de la campaña electoral, porque así lo autorizaba una norma reglamentaria. Pero en modo alguno la doctrina de la equidad importaba conceder un atributo similar al resto de las personas (655).

La disparidad de criterios sobre las reglas aplicables a los medios gráficos y a los electrónicos, en esta materia, ha sido objeto de severas críticas. Aquella distinción parecía ser razonable cuando existían muy pocas emisoras radiales y televisivas. Pero hoy día la situación se ha invertido porque los medios electrónicos superan holgadamente en número a los medios de prensa gráfica. La proliferación de las frecuencias radiales AM y FM, de los canales de televisión MMDS y UHF y, en especial, de las televisoras por cable y satelitales, ya no permite hacer referencia a "*medios escasos*".

La doctrina del caso "*Red Lion*" estuvo vigente para los medios de prensa radiales y televisivos hasta el año 1987. Ese año, la Comisión Federal de Comunicaciones para reducir la ingerencia gubernamental en el ejercicio de la libertad de expresión, resolvió suprimir la "*fairness doctrine*" y, con ella, el ejercicio de la réplica por dichos medios de prensa electrónicos.

Asimismo, la televisión por cable fue excluida de la doctrina establecida en el caso "*Red Lion*". Tal solución se justifica plenamente considerando que el medio de transmisión y el material empleado no guardan relación alguna con bienes del dominio público, como serían las ondas para la televisión abierta o la que se basa sobre los sistemas MMDS y UHF.

En el caso "*Turner Broadcasting vs. FCC*" (656) de 1997, la Suprema Corte dispuso que carecían de validez constitucional las regulaciones referentes a los contenidos de las emisiones impuestas a las televisoras por cable. Concretamente, la decisión recayó sobre la disposición que imponía el deber de emitir determinada cantidad de señales locales. Se entendió que vulneraba la I Enmienda porque imponía a la empresa de televisión la obligación de efectuar emisiones que ella no deseaba realizar. Decisión similar fue adoptada en el caso "*Arkansas Educational Television Commission v. Forbes*" (657).

---

(655) "*CBS vs. FCC*" (435 U.S. 367 de 1981).

(656) 520 US 180.

(657) 523 US 666 de 1998.

La Suprema Corte entendió que la exclusión de un candidato a legislador que disponía de escaso apoyo popular en un debate televisivo que se circunscribió a los candidatos mayoritarios, no era una acción discriminatoria.

En rigor, no hay razón jurídica que avale el control gubernamental sobre la televisión por cable, no sólo con respecto a los contenidos de las emisiones, sino también su intervención en el otorgamiento de licencias.

## 228. JURISPRUDENCIA NACIONAL

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 14, establece el derecho de rectificación o respuesta, disponiendo que las modalidades operativas a los fines de su ejercicio serán determinadas por una ley.

La Convención fue aprobada el 1º de marzo de 1984 mediante la ley 23.054, aunque el Congreso nunca llegó a sancionar una norma como la prevista por aquella. Esto no significa que ese derecho carezca de una previsión normativa en el ordenamiento jurídico argentino. Como los tratados internacionales, una vez aprobados por el Congreso, integran el derecho interno y tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, C.N.), sin perjuicio del rango constitucional que la Ley Fundamental le asigna a aquella Convención, cabe concluir que el derecho de rectificación o respuesta tiene regulación normativa aunque no necesariamente legal.

La inexistencia de esa ley específica fue el factor jurídico tenido en cuenta para resolver los primeros casos judiciales en donde se demandó por el reconocimiento del derecho de rectificación o respuesta.

La Corte Suprema de Justicia, siguiendo la doctrina establecida en el caso "*Costa c. Municipalidad de la Capital*", reiteró que las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referentes al derecho de réplica no eran operatorias. Ante la ausencia de una reglamentación legal, el mismo no está incorporado al derecho positivo interno (658).

La segunda cuestión, consistente en determinar si el derecho de respuesta está incluido en la enunciación del art. 33 de la Constitución, también fue resuelta en forma negativa. Para llegar a tal con-

---

(658) Fallos CS 310:508 y 311:2453 (LA LEY, 1987-B, 269; DJ, 1987-2-84).

clusión, la Corte sostuvo que era necesario valorar debidamente el rol de la libertad de prensa en el sistema constitucional. Reiterando lo expuesto en los casos *"Edelmiro Abal c. Diario La Prensa"* (659) del 11 de noviembre de 1960 y *"Eduardo Pérez"* (660) del 30 de diciembre de 1963, la Corte expresó que *"no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica"*, y que *"el Tribunal ha dicho que la libertad constitucional de prensa tiene sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa"*.

Sobre tal base, entendió que toda restricción a la libertad de prensa debe estar prevista expresamente en una ley, y *"Que, en consecuencia, reconocer un derecho de réplica en favor del actor, basado en el artículo 33 de la Constitución Nacional, significaría limitar sensiblemente los derechos expresamente reconocidos a la demandada por la Ley Fundamental, dejando, así, en manos de los jueces la facultad de definir por sí mismos los alcances de un supuesto derecho de amplios e indefinidos contornos, sin que ninguna ley autorice expresamente dicha intervención"*. Agregó *"Que en el sub examine no se trata de juzgar si el derecho de réplica es o no compatible con la Constitución Nacional, sino de un problema distinto, cual es el de apreciar si aquél está comprendido en las garantías no enumeradas a que alude el artículo 33. La conclusión negativa para nada prejuzga lo concerniente a la compatibilidad con la constitución de las normas legales que eventualmente se dictaran en cumplimiento del artículo 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica"*.

Ese mismo día, la Corte confirmó el pronunciamiento formulado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, al resolver el caso *"Ekmekdjian c. Neustadt"* (661), donde no se hizo lugar al ejercicio del derecho de réplica pretendido por el accionante, con sustento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cláusula del art. 33 de la Constitución y la invocación del derecho a proteger intereses difusos (662).

La Corte, destacó que *"Tal afirmación se ve ampliamente corroborada si se tiene en cuenta las dispares definiciones que se han dado del citado instituto. Así, mientras algunos —como el apelante— lo consideran como un medio destinado a impedir el monopolio de los me-*

---

(659) Fallos CS 248:291.

(660) Fallos CS 257:308.

(661) El Derecho 131-530; LA LEY, 1989-C, 18.

(662) Fallos CS 311:2497.

*dios de difusión por parte de intereses económicos carentes de representatividad, otros sostienen que su objetivo principal es el de reparar las ofensas dirigidas al honor de personas determinadas" (663).*

En el voto del Dr. Augusto Belluscio se destacó *"Que, sin perjuicio de lo expuesto, no parece desprenderse de las normas cuya aplicación pretende el recurrente que el pretendido derecho de réplica sea el medio idóneo para un debate entre personas que sustentan ideas diferentes, sino que requeriría una ofensa o ataque a la personalidad del sujeto que pretende ejercerlo, la cual no se da en la especie. No debe confundirse la defensa de la dignidad vulnerada con la diferencia de opiniones. No cabe prescindir de este recaudo alegando la afectación de derechos difusos, pues en la hipótesis de ser admitidos estos derechos requerirían de un daño actual o potencial derivado de los actos de la demandada, lo que no surge de las circunstancias del caso"*.

Tal fue la doctrina que sostuvo la Corte Suprema hasta el 7 de julio de 1992 en que, al resolver el caso *"Ekmekdjian c. Sofovich"* (664), varió sustancialmente su criterio afirmando la operatividad del art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y admitió, respecto del derecho de respuesta, la teoría de los intereses difusos aunque de manera parcial y limitada a una valoración muy particular sobre los alcances de la representación social.

En un programa de televisión dirigido por Gerardo Sofovich, el escritor Dalmiro Sáenz formuló opiniones y frases sobre Jesucristo y la Virgen María que, el demandante, consideró agraviantes y lesivas para su sentimiento de católico y cristiano; Remitió, entonces, una carta documento a Sofovich contestando las expresiones de Sáenz y solicitando que ella fuera leída en el mismo programa de televisión. Como la carta no fue leída, promovió una acción de amparo en el ejercicio del derecho de réplica que, a su criterio, estaba consagrado por el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 33 de la Constitución.

En las instancias inferiores, la acción fue rechazada porque, conforme a la doctrina establecida hasta ese momento por la Corte, el derecho de réplica carecía de operatividad y requería de una ley del Congreso que procediera a reglamentarlo. Además, y en el caso concreto, no se advertía lesión alguna a un derecho subjetivo del actor

---

(663) En este caso, el actor pretendía que se le concediera un espacio televisivo para replicar a las opiniones que había formulado el Dr. Arturo Frondizi sobre la situación política imperante en el país y su relación con el sistema democrático.

(664) Fallos CS 315:1492; LA LEY, 1992-C, 543; DJ, 1992-2-296.

quien, por otra parte, había reconocido tal circunstancia afirmando la presencia de un interés difuso que, para el Tribunal, obstaba a su legitimación.

Planteado el caso ante la Corte Suprema, en el voto de la mayoría que suscribieron los jueces Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano, fueron desarrollados los siguientes argumentos para fundamentar la concesión del derecho de réplica:

- 1) El derecho de rectificación o respuesta fue establecido por el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por la ley 23.054 y ratificado el 5 de septiembre de 1984, es ley suprema de la Nación integrando su ordenamiento jurídico interno (considerando 15). Su incorporación al derecho interno también fue afirmada en el voto de los Dres. Petracchi y Moliné O'Connor (considerando 13), y en el del Dr. Levene (considerando 6).
- 2) La interpretación textual del art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica permite sostener que se trata de una norma operativa. Esta conclusión está avalada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en la opinión consultiva OC-7/86, declaró que el derecho de rectificación o respuesta es exigible aunque no se sancione una ley formal que establezca las condiciones en que el mismo puede ser ejercido (considerandos 20 y 21). Para los jueces Petracchi y Moliné O'Connor la operatividad de aquel derecho resulta de la distinción entre los tratados internacionales sobre derechos humanos de los tratados de otra especie ya que, en el primero de estos casos, existe una presunción de operatividad que solamente cede cuando la norma reviste un carácter nítidamente programático (considerandos 14, 15, 16 y 17). En igual sentido se expidió el juez Levene (considerandos 7 a 11).
- 3) El art. 27 de la Convención de Viena, aprobada por ley 19.865, establece la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, habiendo alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino, contemplada en la anterior jurisprudencia de la Corte (665) según la cual "*no existe fundamento normativo para acordar prioridad*" al tratado frente a la ley. De tal manera,

---

(665) En el caso "*Martin y Cía. Ltda. S.A.*" (Fallos CS 257:99 - LA LEY, 113-458), la Corte Suprema estableció que ni el artículo 31 ni el entonces artículo 100 de la Constitución atribuyen prelación a los tratados respecto de las leyes dictadas por el Congreso, todos los cuales están en un plano normativo de igualdad y sujetos al control de constitucionalidad.

el art. 27 de la Convención de Viena impone al Estado asignar primacía al tratado cuando está en conflicto con cualquier norma interna contraria al mismo, o con la omisión de dictar disposiciones que lo tornen operativo, lo cual equivale al incumplimiento del tratado internacional (considerandos 18 y 19).

- 4) La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso importa desconocer la distribución de competencias establecidas por la Constitución, y constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo sobre las atribuciones del Poder Ejecutivo que es quien conduce las relaciones exteriores de la Nación (considerando 17).
- 5) En virtud de lo establecido por el Pacto de San José de Costa Rica, y teniendo en cuenta la primacía que tienen los tratados internacionales sobre las restantes normas del derecho interno, conforme al art. 27 de la Convención de Viena, el Estado está obligado a instrumentar los mecanismos necesarios para tornar aplicable en el orden interno al derecho de rectificación o respuesta. Entre tales mecanismos están comprendidas las sentencias judiciales, de modo que si el legislador se abstiene de sancionar una ley regulatoria que prevea los aspectos circunstanciales o formales bajo los cuales debe ser ejercido ese derecho, es obligación de los jueces suplir aquella omisión para que las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas (considerandos 19, 21 y 22). En sentido similar se pronunciaron los jueces Petracchi y Moliné O'Connor (considerandos 17 y 18). A igual conclusión arribó el juez Levene (considerando 13) sobre la base de la doctrina desarrollada por la Corte en los casos "Siri" y "Kot" (considerandos 13 y 14) (666).
- 6) El derecho de respuesta o rectificación tiene por finalidad permitir 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 y que, en el caso concreto, no se trataba de una cuestión vinculada con juicios públicos sobre materias controvertibles propias de las opiniones, sino de la ofensa a los sentimientos religiosos de una persona que afectan su personalidad (considerandos 23 y 26).
- 7) El derecho de respuesta o rectificación protege bienes de naturaleza civil y no política ni electoral. Tampoco puede ser reconocido a partidos o ideologías políticas (considerandos 13 y 29).



- 8) La intensidad del sentimiento religioso ofendido genera un agravio al derecho subjetivo de participar de ciertos valores trascendentales frente a quienes los difaman conmoviendo convicciones arraigadas en el sistema de creencias del peticionario. Ello conduce a circunscribir el reconocimiento de la acción a quien solicita la réplica en su condición de representante colectivo de todos aquellos que pudieron sentirse ofendidos por el mismo agravio. Esa preferencia temporal evita que la réplica se convierta en un multiplicador de respuestas interminables provenientes de las restantes personas que se consideren agraviadas (considerandos 24 y 25). En cambio, la legitimación del actor no fue aceptada por los ministros Petracchi y Moliné O'Connor considerando que, el derecho de rectificación o respuesta, solamente puede ser ejercido por la persona directamente aludida e individualizada en la noticia (considerandos 19, 24 y 25). La legitimación del actor también fue desconocida en su voto por el juez Levene, por entender que el derecho de respuesta o rectificación corresponde frente a informaciones inexactas o agraviantes, y no ante expresiones u opiniones que carecen de las cualidades de una información (considerandos 19 a 22).
- 9) En el voto de la mayoría no existe análisis comparativo alguno entre el derecho de rectificación o respuesta, y los alcances atribuidos por la Constitución Nacional —fundamentalmente en sus arts. 14 y 32— a la libertad de expresión a través de los medios técnicos de comunicación social, así como tampoco a la relación entre el ejercicio gratuito de ese derecho y el derecho a la propiedad privada. Algo similar se advierte en el voto de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor, quienes se limitaron a reiterar la doctrina de la Corte en orden a que la réplica no está incluida entre los derechos implícitos del art. 33 de la Constitución (considerando 12). Igual temperamento fue adoptado por el juez Levene (considerando 5).

Por su parte, el ministro Belluscio, siguiendo la doctrina expuesta por la Corte en los casos "*Sánchez Abelenda c. Ediciones de la Urraca*" y "*Ekmekdjian c. Neustadt*", propició el rechazo de la acción porque:

- 1) El derecho de rectificación o respuesta no tiene consagración expresa en la Constitución, ni se encuentra entre los derechos implícitos que reconoce su art. 33.
- 2) El Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 14, no es operativo pues condiciona su aplicación a los recaudos que establezca la ley. Hasta que ella no se sancione rige el principio de

reserva del art. 19 de la Constitución, según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda.

- 3) El actor no fue aludido, agraviado, ni directamente afectado por las expresiones impugnadas como lo requiere el Pacto de San José de Costa Rica.
- 4) En la forma planteada en el caso, el reconocimiento del derecho de rectificación o respuesta importaría lesionar la reserva consagrada por el art. 19, la libertad de expresión y el derecho de propiedad previstos en los arts. 14 y 17 de la Constitución.

Lamentablemente, en la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso *"Ekmekdjian c. Sofovich"*, no se practicó un análisis exhaustivo de las disposiciones constitucionales que regulan la libertad de prensa.

Para convalidar el derecho de rectificación o respuesta, y sin perjuicio de resaltar el carácter institucional y estratégico de la libertad de expresión, el Tribunal se remitió a la vigencia del art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica por obra de la ley 23.054, y al art. 27 de la Convención de Viena que impone al Estado la obligación de abstenerse de invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado; es decir, *"impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27"* (considerando 19 del voto de la mayoría).

Sin embargo, el principio de supremacía constitucional que establece el art. 31 de la Ley Fundamental, subordina la validez de los tratados a su adecuación formal y sustancial al texto de aquélla (conf. art. 27 CN). Ese principio, que constituye una de las técnicas fundamentales del movimiento constitucionalista, impone a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos al texto de la Constitución para preservar la seguridad jurídica resultante de la distinción entre los poderes constituidos y el poder constituyente.

Es así que la validez constitucional de los tratados y convenciones internacionales está sujeta al cumplimiento de dos requisitos ineludibles. En primer lugar, que sean concluidos y firmados por el Poder Ejecutivo y aprobados por ley del Congreso. En segundo lugar, que estén de acuerdo con los principios contenidos en la Constitución. De modo que la validez de un tratado no depende solamente de su sanción conforme al procedimiento constitucional sino que, y a igual que toda ley, de la adecuación de su contenido a los preceptos

constitucionales (667). Tanto a los resultantes del art. 31, como a los establecidos por el art. 27 y a los límites fijados en los incs. 22 y 24 del art. 75.

Este último es un aspecto que no aparece resuelto en el fallo dictado por la Corte, que se abstuvo de precisar cuál es el razonamiento que permite sostener la viabilidad constitucional del derecho de rectificación o respuesta frente a la absoluta prohibición de la censura (art. 14), y a la absoluta prohibición de dictar leyes específicamente restrictivas para el ejercicio de la libertad de expresión a través de los medios técnicos de comunicación social (art. 32).

Todo ello sin perjuicio de resaltar otros aspectos interpretativos que no están claramente definidos, al menos en su fundamentación, por la sentencia dictada por la Corte. Entre ellos, cabe citar a la "representación" que atribuyó la Corte Suprema para la defensa de los intereses difusos. Esa representación fue limitada al sujeto que, en una singular carrera procesal, obtuviera en primer término una sentencia satisfactoria para sus pretensiones. Otro tanto, la extensión del concepto de "información" a las "opiniones" que, por ser tales, se expresan sobre cuestiones que son esencialmente opinables.

Una consideración especial merece la referencia, contenida en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, sobre los medios de difusión "legalmente reglamentados", que son los únicos para los cuales prevé el funcionamiento del replicato compulsivo. Con acierto, destaca Colautti (668) que la inserción de esa limitación respondió al propósito de limitar la aplicación de aquel instituto a ciertos medios electrónicos con exclusión de las "publicaciones" o "impresos". Su redacción receptó la distinción que, poco antes, había efectuado la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso "Red Lion" (669) entre los medios gráficos y electrónicos, y que posteriormente fue confirmada en el caso "Miami Herald vs. Tornillo" (670).

Como los medios de prensa no son susceptibles de reglamentación legal específica (art. 32 C.N.), la cláusula del art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos parece referirse única-

---

(667) Conf. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. III, p. 548, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires 1977/1988.

(668) CARLOS COLAUTTI, *Derechos Humanos*, p. 166, ob. cit. En igual sentido, BARTOLOMÉ MITRE escribió que "Lo menos que se requiere para considerar legalmente reglamentado a un medio de comunicación es un esquema reglamentario sustancial que incluya un sistema de concesión de licencia administrado por el Estado" (La Nación, 13 de mayo de 1986).

(669) 395 U.S. 367 de 1969.

(670) 418 U.S. 241 de 1974.

mente a los medios de prensa que son propiedad del Estado y respecto de los cuales, claro está, cualquier ciudadano puede solicitar la inserción de sus rectificaciones. A lo sumo, y ampliando la conclusión anterior, su extensión podría abarcar a los medios de prensa explotados por los particulares en virtud de una licencia concedida para el uso de determinadas ondas aéreas que son consideradas bienes del dominio público. Sin embargo, esta cuestión, a igual que las anteriores, no ha merecido hasta el presente un análisis jurídico serio por la vía judicial.

Con posterioridad al fallo emitido en el caso "*Ekmekdjian c. Sofovich*" la Corte Suprema de Justicia, el 16 de abril de 1998, sobre la base de una extensa y controvertida fundamentación, reiteró su nueva postura en el caso "*Petric*" (671).

La petición rectificatoria del actor obedeció a que, el diario "*Página 12*", había publicado un artículo periodístico en el cual se le atribuía ser asesor del presidente de la República y desarrollar actividades de reclutamiento de grupos de mercenarios para enviarlos a combatir con las fuerzas croatas en la guerra de Bosnia-Herzegovina. Petric sostuvo que la información era inexacta por cuanto solamente era colaborador honorario de prensa y cultura en la "*Representación de Croacia*". Por otra parte, la actividad que se le atribuía, lo presentaba como un eventual transgresor a ciertas normas del derecho internacional.

En el voto de la mayoría se puntualizó que:

- 1) La rectificación sólo es procedente cuando su ejercicio se requiere para rebatir la afirmación de hechos. Con remisión al art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se expresó que *"la clara terminología del precepto limita el derecho al ámbito de lo fáctico, lo relativo a hechos cuya existencia o inexistencia puede ser objeto de prueba judicial. Queda así excluido el amplio sector en el cual lo decisivo no es atinente a los hechos, sino más bien a su interpretación: es el campo de las ideas y creencias, las conjeturas, las opiniones, los juicios críticos y de valor. En este último campo también existen, es cierto, elementos de hecho, pero lo esencial es la aceptación o repulsa que la base fáctica provoca en el autor de la expresión. Lo dicho vale tanto para las informaciones inexactas como para las agraviantes. También en estas últimas el carácter de agravante debe provenir de los hechos en sí mismos que se da noticia, que el afectado pretenderá eventualmente res-*

*ponder, y no de la formulación de juicios de valor descalificantes... Excluir de la rectificación o respuesta lo que genéricamente puedan denominarse opiniones no es una peculiaridad exclusiva del Pacto" (consid. 9°).*

- 2) La expresión "*medios de difusión legalmente reglamentados*", contenida en el art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "*presenta dificultades de interpretación*". Sin embargo, "*no se advierte que el texto transcrito haga siquiera alusión a la propiedad de los medios; la norma habla de los órganos legalmente reglamentados y no de los que son del dominio del reglamentador*". Por otra parte, la Corte advirtió que, el art. 14, inc. 3°, de la Convención, impone el deber de tener una persona responsable a "*toda publicación o empresa periódica, cinematográfica, de radio o televisión*" y que, "*Es fácil advertir que la expresa mención de las publicaciones en un precepto destinado a regir sobre el derecho de rectificación o respuesta, arroja luz más que suficiente sobre el punto e impide aceptar la exclusión de los medios gráficos del ámbito de aquél*" (consid. 6°).
- 3) La inexactitud o el carácter agravante deben provenir de los hechos en sí mismos. Pero, tanto la información inexacta como la agravante deben ser perjudiciales (consid. 9° y 11).
- 4) La información se debe referir directamente al afectado o, al menos, permitir su individualización (consid. 10).

En cuanto a que el derecho de rectificación o respuesta sólo se puede invocar cuando nos enfrentamos con hechos inexactos o agravantes susceptibles de generar un perjuicio, el ministro Julio Nazareno destacó que aquél es ajeno "*a los campos de opinión, las ideas, las valoraciones*" (consid. 8° de su voto). De igual manera, el ministro Antonio Boggiano enfatizó "*en que la rectificación debe recaer sobre los aspectos fácticos del asunto, vale decir, sobre los hechos que hacen a la noticia; sólo los mensajes de hechos o noticias pueden dar origen a la respuesta. La esfera de este último es ajena a los campos de la opinión, las ideas, las valoraciones*" (consid. 10 de su voto).

En este aspecto, la Corte, aparentemente, se apartó del criterio adoptado en el caso "*Ekmekdjian c. Sofovich*" donde, Dalmiro Sáenz, había expresado, fundamentalmente, opiniones, ideas y valoraciones. Sin embargo, el ministro Carlos Fayt expresó que "*El derecho de respuesta no existe solamente cuando el artículo cuestionado contiene críticas, difamaciones o injurias, sino también cuando sin contener ninguna imputación malintencionada, apreciación desfavorable, inexactitud o laguna afecta a un individuo*" (consid. 23 de su voto).

Aquí cabe formular dos conclusiones: o los ministros de la Corte no están de acuerdo sobre el citado ámbito del derecho, o que la "rectificación" es aplicable a los hechos inexactos y la "respuesta" a las opiniones desfavorables. De todas maneras, en el voto de la mayoría se destacó que el derecho de rectificación o respuesta se limita al campo de los hechos inexactos o agraviantes.

Con referencia a las bondades del replicato compulsivo, el ministro Boggiano proclamó que *"la inserción de la respuesta ha de guardar una estrecha proximidad temporal con la difusión de la noticia contestada. La razón principal, en síntesis, no es otra que la de evitar o reducir los perjuicios que la nueva pudiera producir, posibilitando que el público se anoticie de la respuesta teniendo fresca la información que la motiva"* (consid. 14 de su voto).

Sin embargo, su conclusión dista de adecuarse a la realidad, siendo fruto de su ignorancia sobre el funcionamiento de los medios de prensa. Si la respuesta es difundida en forma inmediata, es frecuente que, quienes accedieron a la primera información, no lo hagan a la respuesta, o viceversa. Además, la verosimilitud de la noticia o de su respuesta, dependerán de la credibilidad que le merezcan al público los protagonistas del episodio. Muchas veces, en la práctica, la difusión de la respuesta no hace más que reforzar la credibilidad de la información periodística que la motiva.

En el voto del ministro Adolfo Vázquez se formulan diversas consideraciones de índole jurídica para avalar la validez constitucional del derecho de rectificación o respuesta. Así, entiende que los argumentos expuestos por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *"Miami Herald v. Pat Tornillo"*, no son aplicables al caso *"Petric"*. Esto obedece a que *"no sólo por la distinta realidad en que se desenvuelve el fenómeno periodístico en los Estados Unidos, sino especialmente por las particularidades que enmarcaban el caso indicado. Que en orden a lo primero se debe tener presente como dato de la realidad que el análisis jurídico no puede ignorar que en los Estados Unidos, habida cuenta del gran número de los medios de difusión y de su competitividad, raramente una persona no encuentra lugar para contestar una información periodística adversa o que considera agraviante o inexacta, extremo que notoriamente no sucede en nuestro país... Que respecto de lo segundo, cabe referir que en el precedente indicado la Corte norteamericana no entendió que se trataba de una pretensión rectificatoria ejercida en defensa del derecho del honor de una persona como ocurre en el sub lite, sino de la defensa que pretendía hacer un candidato a la Cámara de Representantes del Estado de Florida respecto de severas críticas que su nominación había recibido, es decir, una defensa de tinte político partidista"* (consid. 18 de su voto).

Ambos argumentos no son convincentes. En la Argentina, y concretamente en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, circulan cerca de diez diarios, cada uno de ellos con una línea editorial diferente. Esos medios compiten entre ellos de manera intensa, procurando captar el mayor número posible de lectores y de publicidad. En rigor, en Buenos Aires existen más medios de prensa gráfica que en Miami, de manera que la imposibilidad de acceder a un medio de prensa de esa naturaleza, para rectificar una información periodística, no es tan absoluta. En cuanto al segundo aspecto, la simple lectura de la nota periodística publicada en el *"Miami Herald"* revela que, si la información no era inexacta, al menos sí fue agravante para el accionante. Se le atribuyó la participación en una serie de hechos que lo privaban de toda autoridad moral para cuestionar a sus adversarios políticos y para ser elegido representante.

Sobre la base de la Opinión Consultiva N° 7<sup>a</sup>, emitida por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos el 29 de agosto de 1986, el ministro Vázquez sostuvo que el replicato compulsivo no es un acto de censura. En esa oportunidad, la Corte Interamericana entendió que, el derecho de rectificación o respuesta, era una de las *"responsabilidades ulteriores"* a que alude el art. 13, inc. 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para Vázquez, *"...lo vedado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional es la censura previa, y el derecho de respuesta no lo es. En este sentido, así como no es posible sostener que la aplicación de la ley penal o civil para reprimir y resarcir, respectivamente, los abusos de la prensa puede ser considerada como una censura previa, la admisión del derecho de rectificación también queda al margen de tal concepto"* (consid. 11 de su voto).

La argumentación es incompleta. Nadie discute que los abusos perpetrados con motivo del ejercicio de la libertad de prensa quedan sujetos a las leyes civiles y penales que los prevean. El tema en debate reside en determinar si, mediante la rectificación o respuesta, se puede obligar a un medio de prensa a publicar lo que no quiere publicar. Porque, hay censura tanto cuando se prohíbe publicar una información, como cuando se obliga a publicar una información contra la voluntad del editor. Para la Corte Interamericana, esto no es censura. Pero, ¿cuál es la conclusión si la unidad de análisis es el art. 14 de la Ley Fundamental?

Añadió Vázquez que *"...el Tribunal no comparte la opinión del recurrente en cuanto a que el derecho de respuesta es censurable por cuanto lesiona la línea editorial del medio de prensa. Ello es así, porque como se desprende de lo dicho, el derecho de rectificación no impone al diario a que ingrese en asuntos que no hubieran sido ya escogidos o difundidos por el propio medio"* (consid. 11 de su voto).

Sin embargo, la libertad editorial no se limita a elegir los asuntos objeto de la información periodística, sino también a determinar libremente sus contenidos. Contenidos que, al ser impuestos contra la voluntad de quienes dirigen un medio de prensa, alteran la línea editorial fijada por ellos.

Para el ministro Vázquez, tampoco habría una lesión al derecho de propiedad por ser impuesta la publicación de la rectificación o respuesta en forma gratuita. *"Que ello es así porque el eventual costo adicional que la admisión de una rectificación o respuesta supone, tiene causa y constituye un riesgo propio de la actividad periodística que se realiza, que exige el mayor de los cuidados al referirse a terceros"* (consid. 13 de su voto). Sin embargo, el costo adicional previsible reside en las *"responsabilidades ulteriores"*, y no en la imposición gratuita de una publicación. A menos, claro está, que entre ellas incluyamos a la rectificación o respuesta como lo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos aunque, teniendo presente que, el art. 14 de la Convención, no impone que la publicación deba ser gratuita. Se limita a exigir la publicación correspondiendo, a la ley local, determinar si es o no onerosa.

En los votos de los ministros Eduardo Moliné O'Connor y Antonio Boggiano, encontramos un análisis sobre la relación existente entre el art. 14 de la Constitución y el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que permitiría avalar la aplicación del derecho de rectificación o respuesta. Su síntesis es la siguiente:

- 1) Los constituyentes, en 1994, incorporaron a la Constitución el art. 75, inc. 22, conforme al cual, la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene jerarquía constitucional, no deroga artículo alguno de la primera parte de la Ley Fundamental y debe entenderse como complementaria de los derechos y garantías reconocidos por esta última.
- 2) Los constituyentes, al insertar esa cláusula, verificaron que no se produce derogación alguna, *"juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir"*. Argumento dogmático y sumamente pueril.
- 3) Como los tratados internacionales sobre derechos humanos no pueden modificar la Constitución, para los constituyentes el derecho de rectificación o respuesta no colisionaba con la prohibición de la censura previa dispuesta por el art. 14 de la Ley Fundamental.

En tal sentido, el ministro Boggiano destacó que *"...los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual"*



han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente" (consid. 5° de su voto). Argumento, como ya destacamos, dista de tener seriedad respondiendo a una concepción dogmática que no se compadece con la Constitución y que, en definitiva, revela cierto menosprecio político sobre ella.

El argumento, formalmente, es impecable. Pero padece de un vicio sustancial. La ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional concretada en 1994, dispuso categóricamente que no se podía modificar artículo alguno de la primera parte de la Constitución donde, precisamente, figura el art. 14 que prohíbe la censura previa. Los constituyentes estaban habilitados para otorgar a los tratados internacionales una jerarquía superior a la de las leyes del Congreso y, respecto a los tratados sobre derechos humanos, para insertarlos inmediatamente a continuación de la Ley Fundamental en la escala jerárquica normativa. Por tal razón, en el art. 75, inc. 22, dispusieron que ellos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución.

Ese agregado no significa que se hubiera efectuado un confronte exhaustivo previo entre los contenidos de los tratados y de la Constitución sino que, por el contrario, importa una salvedad o límite impuesto a aquellos. Límite que debe ser objeto de análisis en cada caso concreto. De haberse realizado ese confronte exhaustivo, el agregado no tendría razón de ser. Pero, además, no es viable referirse a "un juicio constituyente" que se impone a los poderes constituidos y que ellos no pueden revisar. Esa afirmación sería válida si se ejerce el poder constituyente originario, pero no cuando se trata del poder constituyente derivado con el cual, simplemente, se reforma una Constitución manteniendo su estructura originaria en los ámbitos excluidos por la ley que declaró la necesidad de la reforma.

De manera que corresponde al Poder Judicial, a través del control de constitucionalidad, constatar si los constituyentes se ajustaron o no a su cometido. Si no es así, porque alguna de las cláusulas de un tratado no se adecua a la primera parte de la Constitución, y aunque los constituyentes pensaran lo contrario, corresponde que el Poder Judicial declare su inaplicabilidad al caso concreto. Caso contrario, el ejercicio del poder constituyente derivado no sería susceptible de control judicial cuando, precisamente, la propia Corte Suprema de Justicia declaró lo contrario en el caso "Fayt" (672), decla-

---

(672) Fallos CS 322:1616; LA LEY, 1999-F, 33; DJ, 2000-1-201.

rando la invalidez de una cláusula que reformaba la Constitución federal.

En síntesis, si la validez de los tratados internacionales citados en el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental, está condicionada a que no alteren artículo alguno de la primera parte de la Constitución, corresponde al Poder Judicial verificar si se cumplió tal requisito, prescindiendo de toda interpretación que pudieron haber efectuado los constituyentes. Es que, esa interpretación, no es atribución de estos últimos, sino materia de competencia exclusiva del Poder Judicial e irrenunciable.

En su voto en disidencia, el ministro Augusto Belluscio se pronunció por la inconstitucionalidad del derecho de rectificación o respuesta.

En primer lugar, y reiterando la postura adoptada en los casos "*Costa c. Municipalidad*", "*Sánchez Abelenda c. Ediciones de La Urraca*" y "*Ekmekdjian c. Neustadt*", sostuvo que el derecho de rectificación o respuesta era inaplicable porque no había sido sancionada la ley reglamentaria prevista en el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Consideró que "*mientras tal ley no sea dictada, la disposición carece de operatividad*" (consid. 3°).

En segundo lugar, abordó el análisis de la expresión "*medios de difusión legalmente reglamentados*" contenida en aquella cláusula: "*La interpretación de esa expresión reviste particular dificultad por la ausencia de un claro fundamento para su inclusión en la cláusula en examen. En efecto, ella fue añadida en la última etapa de redacción del texto, en la conferencia especializada de 1969, como propuesta del grupo de trabajo que redactó la versión final, sin que se señalara la razón o el sentido de su incorporación. A estar a la opinión del juez Héctor Gros Espiell, vertida en la opinión consultiva 7/86 del 29 de agosto de 1986 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la expresión en cuestión individualiza a todos los medios de difusión que, de una u otra forma, están regulados, por medio de la ley en el derecho interno de los Estados Partes, sin que se requiera una forma específica o concreta de reglamentación. A la luz de esa explicación, resulta clara la inaplicabilidad de la norma convencional en nuestro régimen jurídico, puesto que la prensa escrita no es un medio de difusión regulado por la ley. Por otra parte, del contexto de los arts. 14 y 32 de la Constitución resulta que una regulación de tal índole carecería de validez, puesto que no se concibe reglamentación de la libertad de prensa que no contenga algún tipo de limitación de la libre expresión; y los prohombres que nos legaron el originario texto constitucional, por previsión basada en la amarga experiencia vivida, tuvieron el tino*

*de incluir en la segunda de las disposiciones mencionadas la prohibición al Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta”.*

Formuló una severa crítica política a la Convención Americana al puntualizar: *“Es que la regla, curiosamente introducida en un texto internacional destinado a preservar los derechos humanos, preservación que es un elemento esencial de la forma republicana de gobierno y que también inspiró a nuestros constituyentes para redactar el primer capítulo del texto fundamental, denota un fuerte espíritu antidemocrático, ya que parece presuponer la legitimidad de reglamentaciones nacionales de la prensa que, en nuestro caso, son inadmisibles”.*

Para Belluscio no es válida, en el régimen constitucional argentino, la distinción entre medios de prensa del Estado y de los particulares, a los fines de la aplicación del art. 14 de la Convención. Pero, y en tercer lugar, destacó que *“...igualmente el art. 14 de la Convención sería inaplicable en nuestro país en virtud de las condiciones que el texto constitucional reformado ha puesto para que los tratados que menciona tengan alcance constitucional. En efecto, los textos mencionados en el art. 75, inc. 22, si bien tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Configuran, pues, normas constitucionales de segundo rango, que prevalecen por sobre las leyes ordinarias pero que son válidas únicamente en la medida en que no afecten los derechos consagrados en la primera parte de la Constitución, que incluye los arts. 14 y 32 protectores de la libertad de prensa. La admisión del derecho de rectificación, respuesta o réplica está en pugna con esas normas fundamentales, especialmente con la segunda de ellas, pues implica una restricción de la libertad de imprenta. Aun cuando pudiera considerárselo justificado desde el punto de vista del afectado por una información errónea, en tanto no medie un delito contra el honor de derecho penal —caso en el cual el código respectivo presenta la solución en su art. 114— desde el ángulo de la libertad constitucional de prensa implicaría una indebida restricción de dicha libertad que está vedada al legislador. En nuestro texto constitucional, la libertad de prensa es absoluta, no puede ser objeto de restricciones o reglamentaciones. Y la finalidad de ese carácter absoluto no es la de tutelar a los propietarios de los medios de comunicación social sino a toda la sociedad, evitando los riesgos que genera su reglamentación. Pues si se comienza por recorrer el camino de obligar a publicar se puede llegar sin mucho esfuerzo al resultado de obligar a no publicar, cayendo en la violación de la también absoluta prohibición constitucional de la censura”.*

Con posterioridad al caso "*Petric*", el 28 de abril de 1998, la mayoría de los jueces de la Corte Suprema rechazaron el recurso de queja deducido por la parte demandada en el caso "*Conesa Mones Ruiz c. Diario Pregón*" (673). Lo hicieron sobre la base del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial, con las disidencias de los ministros Moliné O'Connor y Belluscio. El primero consideró admisible el recurso extraordinario que había sido denegado, aunque confirmó la sentencia recurrida invocando el precedente "*Petric*". El segundo propició revocar la sentencia recurrida y, también, se remitió a los fundamentos que expuso en el caso citado.

Este caso presentaba la particularidad de que el diario "*Pregón*" de Jujuy había formulado, casi seis años antes del fallo, una severa crítica política a un legislador provincial —el actor— a raíz del comportamiento que tuvo con motivo de la usurpación de la legislatura local por un grupo de empleados, que presionaron a las autoridades constituidas para obtener ciertas medidas, provocando graves daños en su interior.

Existen varias cuestiones que no han sido debidamente aclaradas. Así, a título de ejemplo, se admitió la réplica contra las opiniones o críticas políticas —casos "*Ekmekdjian c. Sofovich*" y "*Conesa Mones Ruiz c. Diario Pregón*"—, mientras que en el caso "*Petric*" se explicitó que ella era conducente cuando se trataba de la publicación de hechos inexactos o agraviantes, pero no de opiniones o críticas políticas. Tampoco está claro si corresponde aceptar la prueba de la inexactitud de las informaciones periodísticas o la prueba de su verdad.

Esta última cuestión fue planteada en el caso "*Rozenblum c. Vigil*", resuelto el 25 de agosto de 1998 (674).

Los jueces de la Corte rechazaron el recurso de queja por denegación del extraordinario, entendiendo que no se había dado cumplimiento al recaudo de la fundamentación autónoma.

En el voto de los ministros Moliné O'Connor y López, se destacó que uno de los agravios del apelante residía en que el actor había sido relevado de probar la falsedad de la noticia y que se negó, a la demandada, la posibilidad de acreditar la exactitud de la versión periodística. Entendieron que "*no será preciso para el ejercicio de la rectificación, acreditar que la noticia propalada haya sido realmente inexacta, ni se requerirá que el respondiente aporte los elementos de*

---

(673) C.1954.XXXII. Recurso de hecho.

(674) Fallos CS 321:2314.

*prueba que respaldarían la veracidad de su información. El presupuesto de la respuesta no es la necesaria y demostrada inexactitud de los hechos objeto de la información, y la simétrica veracidad de la rectificación que se intenta; ello pues el propósito de la contestación debe ser la ampliación del debate, no su clausura; es permitir que el afectado diga su verdad, controvirtiendo la afirmada en medio informativo, permitiendo así que el público conozca ambas versiones subjetivas de la realidad”.*

En igual sentido, el ministro Boggiano consideró que, para el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no es necesario que la información sea inexacta: *“En consecuencia, no será preciso para el ejercicio de la rectificación, acreditar que la noticia propalada haya sido realmente inexacta; ni se requerirá que el respondiente aporte los elementos de prueba que respaldarían su mentís”,* y agregó que *“el propósito de la contestación, por lo regular, es ampliar el debate, no clausurarlo...”*.

Conforme a estos votos, la finalidad del derecho de rectificación o respuesta ya no residiría en la necesidad de tutelar el honor de las personas, sino el de fomentar el debate público.

Consideramos que esta interpretación, al margen de colisionar abiertamente con el texto del art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no hace más que poner de manifiesto los riesgos que la institución de la réplica acarrea para la prensa libre, y que, tan acertadamente, fueron descriptos por Julio Verne en su obra *“París en el siglo XX”*.

Si no se exige que el peticionario pruebe, al menos de manera elemental, la inexactitud de la información periodística o el agravio que le ocasiona; si no se permite, al accionado, probar la veracidad de su información o la inexistencia de ese agravio, se estarán desconociendo reglas elementales del debido proceso legal y, en particular, el derecho de defensa en juicio. Asimismo, los medios de prensa privados se transformarán en tribunas de debates públicos a las cuales tendrán acceso todas las personas por más irrazonables o arbitrarias que sean sus pretensiones. Con la particularidad, claro está, que no serán ellas quienes deban afrontar los costos de semejante debate. Se operará, entonces, un significativo retroceso a las concepciones vigentes a comienzos del siglo XIX que propiciaban la vigencia de una prensa estatal o mixta.

El art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, categóricamente, que el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta requiere de una persona afectada. Afectada por una información inexacta o agravante. De manera que si no se acredita,

al menos con indicios serios y ciertos, esa inexactitud o agravio, no será viable la procedencia del derecho. La prueba debe estar a cargo del accionante.

## 229. SECRETO PROFESIONAL Y ACCESO A LAS FUENTES DE INFORMACIÓN

En el sistema constitucional argentino, considerando su naturaleza esencialmente republicana, resulta innegable el derecho del pueblo para obtener toda la información referente al manejo de los negocios públicos, y toda aquella que versa sobre temas o personalidades que revisten relevancia institucional o interés público. Brindando una amplia información a los ciudadanos, sin restricciones de ninguna especie, es la única forma de preservar la subsistencia de un régimen democrático con la participación activa de aquéllos.

El suministro de la información puede ser realizado, de manera exclusiva, por el Estado, por los particulares o por ambos. Asimismo, igual criterio se puede seguir respecto de la publicidad de esa información.

Los constituyentes se abstuvieron expresamente de establecer un sistema oficial de información que monopolice la función en manos del Estado. Tampoco fueron partidarios de un sistema mixto, como el consagrado en algunos de los antecedentes constitucionales. Optaron, en definitiva, por transferir la función informativa a los medios de prensa de propiedad privada que, indirectamente, quedaron incorporados a la estructura democrática.

En esta concepción, el aparato informativo reviste total independencia frente a la acción gubernamental, lo que garantiza su libertad de criterio. A su vez, los gobernantes se ven compelidos constitucionalmente a aceptar ese control externo, y a adaptarse a una situación donde la función informativa hace al gobierno pero no se desenvuelve en el gobierno.

Claro está que, semejante situación, ha generado y produce constantemente conflictos entre la prensa y los órganos gubernamentales, respecto del uso que cabe asignar a la información como instrumento de gobierno y de poder político.

Una muestra del conflicto resulta del enfrentamiento suscitado a raíz de la firme defensa ejercida por los medios de prensa respecto del secreto profesional, y los múltiples desconocimientos que del mismo se traducen en el accionar, especialmente, de los legisladores y los jueces.

Con frecuencia, la posibilidad de obtener información de manera lícita por los hombres de prensa está condicionada a no divulgar la fuente de esa información. Se trata de una de las reglas básicas en el arte del periodismo a cuyo estricto cumplimiento está condicionada la credibilidad que pueda merecer el periodista en quienes le suministran la información, y la posibilidad de poder proseguir contando con un caudal importante e interesante de datos novedosos.

Se ha dicho, con acierto, que el secreto profesional del periodista es un derecho subjetivo de naturaleza pública que integra la libertad institucional de prensa. Ese secreto coadyuva a obtener y difundir la información que interesa a la sociedad ya que, tanto en el ámbito privado como en el gubernamental, se generan datos y noticias que son revelados bajo la condición expresa de preservarse la reserva de la fuente del informante (675). Precisamente, el desarrollo del periodismo de investigación que permitió el esclarecimiento de graves hechos delictivos y de corrupción, está basado sobre el secreto profesional.

Consideramos que, básicamente, el secreto profesional es, para el periodista, un deber ético y un derecho jurídico.

Es un deber ético cuando el acceso a la información se opera como consecuencia del compromiso contraído por el periodista de no revelar la fuente informativa. En esta área, como en tantas otras, los protagonistas deben honrar su palabra. El periodista que, bajo tales condiciones, revela la fuente informativa, incurre en un engaño. Al margen de perder credibilidad para quienes le suministraron los datos periodísticos, viola una obligación que contrajo voluntariamente. Pero, por ser un deber ético, las sanciones que acarrea esa conducta también serán de naturaleza ética, pudiendo desembocar en el consecuente desprestigio profesional para el periodista.

¿Se extiende el deber ético del periodista al director del medio de prensa en el cual presta sus servicios profesionales? Consideramos que no, a menos que así lo hubiera exigido el informante. Esta conclusión se impone por dos razones. Primero, porque el superior del periodista también tiene el deber de reservar la fuente informativa. No solamente respecto de la persona que aportó la información,

---

(675) Disertación de FIDEL ISAAC LAZZO en el Primer Seminario Profesional sobre Aspectos Jurídicos de la Empresa Periodística, organizado por la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas en Buenos Aires, el 28 y 29 de junio de 1988. Expresó, entre otros conceptos, y citando a Ronald Dumas, que *"La nobleza del edificio quiere que el periodista preserve el anonimato de su informante; en otros términos de su fuente de información"*.

sino también con relación al periodista. El director no puede éticamente individualizar al periodista que obtuvo la información difundida. Por tal razón, en la práctica periodística, los directores asumen personalmente la responsabilidad por los eventuales daños que pueda generar la publicación de una nota y se niegan a dar a conocer los datos del periodista aportante de la información.

La segunda razón reside en que el director decide cuál es la información que será difundida por el medio de prensa. A tal fin, y para poder adoptar una decisión responsable, necesita conocer la fuente informativa a la cual acudió el periodista para verificar su seriedad. El llamado "*chequeo*" de la fuente es una tarea fundamental. En muchas oportunidades, cuando se trata de una información delicada, además de realizar ese "*chequeo*", se procura confirmar la información acudiendo a otra fuente. De todas maneras, el periodista puede negarse a revelar su fuente informativa ante el requerimiento del director. Pero, en tal caso, es muy poco probable que el medio de prensa difunda la información aportada.

Al margen de configurar un deber ético, el secreto profesional constituye un derecho jurídico para el periodista que está avalado, en forma directa o indirecta, por diversas normas de esa índole.

### 230. ASPECTOS LEGALES

El secreto profesional en materia de prensa, que abarca el derecho a la reserva de las fuentes generadoras de la información, disfruta de una previsión específica en el ordenamiento constitucional argentino.

El art. 43, 3º párrafo, de la Constitución dispone: "*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*".

Mediante el ejercicio de la acción de *habeas data*, la Constitución reconoce a toda persona el derecho a conocer cuáles son sus datos personales que están registrados en los bancos de datos públicos y en los bancos de datos privados destinados a proveer información a terceros o al público en general. Una vez que accede al conocimiento de ellos, puede requerir la supresión de los datos sensibles o de aquellos que sean inexactos; la rectificación de aquellos que sean parcial-



mente inexactos; la confidencialidad respecto de aquellos datos que prevea la legislación reglamentaria; y la actualización de aquellos que sean incompletos.

Todo medio de prensa, y todo periodista, disponen de un banco de datos que constituye el archivo periodístico. A él se acude para confirmar o cotejar ciertos datos novedosos, para complementar los que se vierten en una información periodística o, simplemente, para ampliar los conocimientos que, sobre cierta materia, posea un periodista.

El archivo periodístico es, quizás, uno de los tesoros más preciados que poseen los medios de prensa y que les permite enriquecer la información que suministran al público. Pero no son, propiamente, bancos de datos destinados a proveer información a terceros, sino instrumentos de trabajo indispensables para el ejercicio de la actividad periodística. No son, en realidad, bancos de datos sino bancos de "memoria".

Por tal razón, y en salvaguarda del secreto profesional, el art. 43 de la Constitución los excluye del ámbito de la acción de habeas data. Reglamentando este precepto constitucional, la ley 25.326 que regula la protección de los datos personales establece, en el último párrafo de su art. 1º, que mediante sus disposiciones *"en ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas"*.

De todos modos, y aceptando el carácter institucional de la prensa como unidad independiente de su naturaleza individual, el reconocimiento del secreto profesional está inserto en la figura de la censura previa. Imponer a un periodista la violación de su secreto profesional, o el deber de revelar la fuente de información, son aspectos que exteriorizan el ejercicio de la censura. Así, ya en 1952, el Primer Congreso Mundial de Periodistas reunido en Santiago de Chile, enumeró entre las restricciones a la libertad de prensa de carácter profesional, a la prisión y las sanciones que se aplican a los periodistas para obligarlos a revelar las fuentes de su información.

De igual manera, el tercer principio de la célebre Declaración de Chapultepec, concluye estableciendo que *"No podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes de información"*. Desarrollando el contenido de ese principio, en la Conferencia Chapultepec sobre libertad de expresión, realizada en San José de Costa Rica entre el 16 y 18 de agosto de 1998, se destacó que *"el principio tercero concluye con un llamado a las autoridades públicas, especialmente a los jueces, para que no exijan a los periodistas revelar sus fuentes de información. Es ésta una garantía imprescindible para el libre ejercicio de la"*

*profesión periodística, por cuanto hace viable que la fuente informativa se abra al periodista, confiada en que no será perseguida, ni por el denunciado ni por la justicia".*

Asimismo, aunque considerando como unidad de análisis el derecho al silencio o el derecho a la confidencialidad, también se ha destacado la estrecha relación que media entre el secreto profesional y la libertad de expresión.

Germán Bidart Campos enseña que *"El derecho al silencio o a no expresarse necesita vincularse a un tema muy importante, cual es el secreto profesional—del sacerdote, del médico, del abogado, etc.—. La relación de confidencialidad entre el profesional y el cliente exige que con respecto a ambos se respete suficiente y razonablemente lo que el primero conoce del segundo dentro de aquella relación, como una forma del derecho al secreto, que hace parte no sólo de la libertad de expresión—en su faz negativa de derecho a no expresarse— sino también del derecho a la intimidad o privacidad. El derecho al silencio también resguarda razonablemente, en relación con el derecho a la información, el secreto o la reserva sobre las fuentes de esa información"* (676).

Precisando el contorno jurídico del secreto profesional, consiste en el derecho jurídico del periodista a negarse a revelar la identidad del autor de la información a su empleador, a los terceros y a las autoridades públicas o judiciales. Pero, también es el deber ético que tiene el periodista de no revelar públicamente las fuentes de la información recibida en forma confidencial.

Al margen de las referencias que encontramos en algunos textos provinciales, el art. 156 del Código Penal establece: *"Será reprimido con multa de mil quinientos a noventa mil pesos e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa"*.

Esta norma, aplicable a los periodistas, transforma en un deber jurídico a la obligación ética de no revelar la fuente informativa. Puede dar a conocer la información, pero no la fuente ni indicio alguno que permita individualizarla. Es que, si una persona suministra información a un periodista que está ejerciendo su profesión, no puede menos que aceptar que ella será difundida.

---

(676) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 272, Ediar, Buenos Aires 1986.

El deber jurídico de preservar la fuente informativa está condicionada, en este caso, a que su incumplimiento ocasione o pueda ocasionar un daño a cualquier bien jurídico. Esté o no comprendido en la esfera de los derechos del informante; se trate de un daño potencial o real; de carácter material o moral.

Sin embargo, la obligación deja de tener naturaleza jurídica y, por ende, se puede revelar la fuente informativa cuando exista justa causa. Concepto amplio y abarcativo de infinidad de hipótesis. Desde el daño más grave que puede acarrear para un tercero la no divulgación de la fuente, hasta el perjuicio que ese silencio pueda traer aparejado para las instituciones, el orden o la moral pública, o para la seguridad del Estado. En tales casos, el secreto profesional deja de ser un deber jurídico, pero conserva su carácter de deber ético para el periodista.

Para la aplicación del art. 156 del Código Penal, no se requiere que su contenido sea receptado por la legislación procesal. Así, el art. 244 del Código Procesal Penal dispone que deben abstenerse de declarar como testigos sobre hechos secretos que hubieran llegado a su conocimiento en razón de su estado, oficio o profesión, los ministros de un culto reconocido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos y demás auxiliares del arte de curar; y los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado. Todos ellos, con excepción de los ministros de un culto, quedan exceptuados de ese deber si son liberados del deber de guardar secreto por el interesado. Si bien esta norma no incluye a los periodistas, ellos pueden invocar el deber que emana del art. 156 del Código Penal puesto que, una ley procesal de índole local, no puede modificar a una ley de fondo de carácter nacional.

Estas disposiciones, unidas al rol institucional de la libertad de prensa, evidencian la particular protección que merece el secreto profesional de los periodistas y que, lamentablemente, no siempre ha merecido la debida consideración por parte de los jueces.

A esa finalidad responden el art. 19 de la Constitución de Córdoba y el art. 31 de la Constitución de Jujuy. En tales textos se refleja el tercer principio de la Declaración de Chapultepec que establece: "*No podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes informativas*". También el art. 252 del Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe. Dispone que pueden abstenerse de testificar "*los periodistas comprendidos en las leyes que reglamente su actividad profesional, sobre la identidad de las fuentes o los datos o informaciones obtenidos en el ejercicio de su actividad; salvo que los interesados en su reserva expresamente los revelaren de guardar secreto*". Esta norma constituye un avance importante para consolidar la libertad de pren-

sa, aunque resulta insuficiente en la medida que limita su aplicación a los procesos penales y no la extiende a los juicios civiles.

El fundamento racional del secreto profesional también resulta de un interés de orden público. Del interés que tiene la sociedad, en un sistema democrático constitucional, por preservar la efectividad y confianza que debe merecer la prensa, cuando se trata de datos confidenciales y de ampliar su derecho social a la información. Es cierto que en una sociedad ideal nadie tendría que temer que se divulgue su nombre como fuente de información. Sin embargo, en la práctica, no podemos exigir conductas heroicas, de modo que cada generador de noticias tiene derecho a condicionar la difusión de los hechos que transmite a que se mantenga el anonimato de su persona.

### 231. LÍMITES

¿El derecho a no revelar la fuente de la información es de carácter absoluto? Se trata de un interrogante cuya respuesta puede variar según las circunstancias de cada caso.

Jorge Vanossi, realizando una interesante síntesis, destaca que es necesario distinguir tres situaciones. Cuando se trata de la expresión de opiniones, nadie puede ser obligado a revelar su origen aunque ellas importen un severo ejercicio del derecho de crítica. Cuando se trata de datos, no de opiniones, que carecen de relación con causas penales, tampoco puede haber obligación de revelar la fuente de información. En cambio, cuando se trata de datos relacionados con la sustanciación de una causa penal, cede el carácter absoluto de la confidencialidad cuando hay un interés social comprometido que puede desembocar en la impunidad de un culpable o en la condena de un inocente (677).

En igual sentido, Néstor Sagiés, compartiendo la opinión de Norberto Spolansky, considera que sería absurdo proteger el secreto profesional periodístico cuando, mediante su admisión, se permite la consumación de un delito o su continuación. Es que, en tales casos, se estaría ejerciendo un derecho para permitir la concreción o impunidad de un delito (678).

---

(677) Disertación de JORGE VANOSI en el Primer Seminario Profesional sobre Aspectos Jurídicos de la Empresa Periodística, organizado por la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas en Buenos Aires el 28 y 29 de junio de 1988.

(678) *Elementos de Derecho Constitucional*, t. II, p. 433, Ed. Astrea, Buenos Aires 1999.

Compartimos la razonabilidad de tales argumentos. Sin embargo, su rigurosa aplicación puede desarticular en la práctica la esencia del secreto profesional. Mediante la obtención coactiva de datos periodísticos, afrontamos el riesgo de avalar la violación al compromiso de honor asumido por el periodista de no revelar su fuente informativa. Es cierto que el reconocimiento de tal derecho puede degenerar en su ejercicio abusivo e irrazonable. Pero también es cierto que las autoridades que conducen una investigación penal, y hasta los propios jueces, pueden incurrir en similar comportamiento, citando a los periodistas para que revelen su fuente informativa cuando, tal determinación, no es conducente para esclarecer el hecho delictivo o existen otras vías para alcanzar igual objetivo.

Es cierto que, aparentemente, el secreto profesional debería ceder cuando nos enfrentamos con ciertos valores como el derecho a la vida (679), el derecho a la libertad de un inocente o la potestad de castigar al autor de un hecho delictivo. Pero, ¿por qué admitimos la inviolabilidad del secreto profesional en tales supuestos cuando es invocado, a título de ejemplo, por un abogado? Se dirá que es para preservar el derecho de defensa del probable autor de un delito, que brindó la información veraz a su letrado. Pero, ¿es razonable sostener que el derecho de defensa tiene jerarquía superior al derecho a la libertad de un inocente o a la necesidad social de castigar a un delincuente? Entendemos que sí en resguardo de la seguridad jurídica institucional.

Se plantea un conflicto de difícil solución, al menos en el ámbito teórico. Sin embargo, en la práctica, es poco probable que un periodista se escude en el secreto profesional para permitir la condena de un inocente o la absolución de un culpable. Generalmente, en tales casos extremos y considerando la gravedad de los hechos, el periodista puede entender que su deber ético de resguardar la fuente informativa debe ceder ante otros valores que, subjetivamente, considera superiores.

Consideramos que la solución de tan delicado conflicto debería responder a los siguientes aspectos:

- 1) En principio, el secreto profesional tiene carácter absoluto y, como regla general, nadie puede ser obligado a revelar la fuente de su información.

---

(679) JORGE R. VANOSSI, *La censura ante el Derecho Constitucional Argentino*, en *Poder Político y libertad de expresión*, p. 360, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2001.

- 2) La información debe ser obtenida en forma lícita, en lo que hace a la relación entre el informante y el periodista. La vía ilícita por la cual el informante pudo haber obtenido los datos no se extiende al periodista.
- 3) El periodista no puede ser obligado a suministrar la fuente de los datos, cuando ello pueda conducir a un supuesto de autoincriminación. Aquí funciona la garantía del artículo 18 de la Constitución que prohíbe que alguien pueda ser obligado a declarar contra sí mismo.
- 4) Es plenamente aplicable al caso la doctrina sobre objeción de conciencia que desarrolló la Corte Suprema de Justicia al resolver, el 18 de abril de 1989, el caso "Portillo". En esa oportunidad la Corte expresó que, atendiendo a las circunstancias particulares de un caso, es eximente del cumplimiento de una obligación legal la restricción que se establezca sobre el derecho a la libertad (680).
- 5) El secreto profesional es un supuesto de conciencia individual, que difícilmente puede ser apreciado por un tercero o un juez. De modo que, en salvaguarda de la conciencia del periodista profesional y de la libertad institucional de prensa, su protección sólo podría ceder con la conformidad expresa del periodista o de la persona que le suministró la información con el compromiso de no revelar la fuente informativa, y prescindiendo de los intereses privados o públicos comprometidos (681).
- 6) La individualización de la fuente exime de toda responsabilidad civil y penal a los medios de difusión.
- 7) En materia civil, la no individualización de la fuente determina que, el periodista o director del medio de prensa, sean responsables personalmente por los perjuicios que ocasione la información publicada.
- 8) El reconocimiento expreso del secreto profesional por el tercer párrafo del art. 43 de la Constitución no se limita a proteger el banco de datos que pueda tener un periodista o una empresa de prensa. Abarca tanto a esos datos como a las fuentes de las cuales emanaron.

---

(680) Fallos CS 312:496; LA LEY, 1989-C, 405; DJ, 1989-1-1060.

(681) "La derogación del secreto en las causas graves emana de equivocarse el problema. Puede ser útil, en un caso dado, revelar la fuente vinculada con la seguridad militar; pero una ventaja casual no justifica destruir ventajas permanentes" (ELIEL C. BALLESTER, *Teoría y cuestiones de la libertad de información*, p. 34, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1959).

Sujeto a la estricta aplicación de tales reglas, la garantía del secreto para el periodista solamente podría ceder en causas judiciales cuando: 1) la información fue obtenida ilegalmente por el periodista; 2) la información no es obtenida a través de un auténtico ejercicio profesional, o es aportada al periodista con prescindencia de su condición de tal (682). Pero, en cualquiera de estas hipótesis, no sería ilícito abstenerse de revelar la fuente informativa cuando ello importe un caso de autoincriminación o ponga en peligro real y cierto a la seguridad del periodista. Claro está que, bajo tales circunstancias, se trata de una prerrogativa de la cual también disfrutaban quienes no ejercen la actividad periodística.

El acceso ilegal a la información debe provenir directamente del periodista. No se presenta, y por ende no hay responsabilidad por parte del periodista, cuando difunde información obtenida ilícitamente por un tercero, quien se la suministra a aquél para tal fin. Inclusive, en esta hipótesis, el periodista no puede ser legalmente obligado a revelar su fuente informativa.

Tal fue la situación que se planteó respecto del periodista Marcelo Bonelli. Publicó una nota en el diario Clarín, destacando ciertas irregularidades que se habrían constatado en las declaraciones impositivas presentadas por un ex funcionario público. La nota periodística estaba directamente relacionada con la causa penal que se le había promovido a ese ex funcionario, como presunto autor de hechos delictivos cometidos en perjuicio de una entidad pública que había estado sujeta a su dirección.

La información aportada, de relevante interés público y en el marco de un proceso que apuntaba a erradicar la corrupción en las esferas gubernamentales, fue reconocida como veraz. Sin embargo, el juez federal Claudio Bonadío, dispuso el procesamiento de Bonelli por entender que se había vulnerado el derecho a la intimidad del ex funcionario, tutelado por el art. 101 de la Ley 11.683. Esta norma sanciona penalmente a los funcionarios de la Administración de Fondos e Ingresos Públicos que violan el secreto fiscal que ampara a los contribuyentes, así como también a los terceros que, contratados por el contribuyente, presentan ante ese organismo su declaración impositiva.

---

(682) La Suprema Corte de los Estados Unidos destacó que el secreto profesional no reviste carácter absoluto, sin perjuicio de la particular protección que merece. Así lo hizo en los casos "*Branzburg vs. Hayes*" (40 U.S. 665, año 1972), "*Lewis vs. U.S.*" (420 U.S. 913, año 1975) y "*Zurcher vs. Stanford*" (436 U.S. 547, año 1978).

La resolución judicial configuró una inadmisibles restricción al ejercicio de la libertad de prensa, destinado a satisfacer el legítimo derecho a la información que tiene la ciudadanía sobre temas de candente interés público e institucional. En efecto, si alguien había incurrido en un delito, era el funcionario del ente fiscal que, al suministrar la información reservada y secreta, soslayó la obligación que le imponía la ley, y no el periodista que la difundió procurando saciar un comprensible interés republicano de la ciudadanía.

Por otra parte, la decisión del juez colisionaba con la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada en 1997 por la ley 24.759. Su artículo III impone al Estado el deber de implementar un sistema para la declaración de los ingresos, activos y pasivos de quienes desempeñan funciones públicas, previendo la publicación de ellas. Otro tanto acontecía con la ley 25.188 de Ética Pública sancionada en 1999. En su art. 6º impone, a todos los funcionarios públicos, el deber de denunciar y actualizar la composición de su patrimonio, detallando los bienes que posee, los capitales invertidos, ingresos y egresos anuales, sus créditos y deudas. Además, el art. 10 establece que cualquier ciudadano puede tener acceso a esas declaraciones previo requerimiento fundado, y el art. 11, añade que es libre su difusión por los medios de prensa para el conocimiento del público en general.

Tales disposiciones, que apuntan a fortalecer la ética pública en una democracia constitucional, protegiendo a los ciudadanos de la corrupción, fueron, lamentablemente, ignoradas por el juez Bonadio mediante una actitud lesiva para la libertad de prensa y, en particular, para el desenvolvimiento del periodismo de investigación que, en el curso de los últimos años, contribuyó al esclarecimiento de numerosos hechos delictivos perpetrados por funcionarios públicos (683).

El 17 de julio de 2001, la sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal, por el voto de los jueces Horacio Cattani, Eduardo Luraschi y Martín Irurzun, revocó el procesamiento dispuesto en primera instancia y decretó el sobreseimiento de Bonelli (684).

El tribunal sostuvo que la sanción prevista por el art. 101 de la ley 11.683, era solamente aplicable a los funcionarios públicos, y a los terceros que acceden a la información fiscal con motivo de las tareas

---

(683) Es sugestivo el desconocimiento de algunos jueces sobre el rol institucional de la prensa libre en una democracia constitucional. Aparentemente, cierta conformación cultural autoritaria generaría esa ignorancia.

(684) Causa N° 17.771, "Bonelli, Marcelo y otros s/ procesamiento".



específicas que desarrollan al confeccionar, o preparar, las declaraciones impositivas de una persona, pero que en modo alguno alcanzaba a los periodistas. Destacó que, en el caso concreto, tampoco cabía invocar el derecho a la intimidad ya que, el periodista, había difundido datos de interés público referentes a la situación patrimonial de una persona que había revestido el carácter de funcionario público durante el período en que habían sido cometidos los hechos delictivos cuya autoría se le imputaba.

Está claro que, en un caso como el que se planteó con Bonelli, mal cabe atribuir al periodista responsabilidad penal o civil. Pero, si se hubiera tratado de la difusión de datos impositivos de un ciudadano común, ajeno a toda cuestión de interés institucional o público, no habría responsabilidad penal de parte del periodista, pero sí, eventualmente, responsabilidad civil por vulnerar el derecho a la intimidad.

### 232. JURISPRUDENCIA

Si bien existe cierta resistencia por parte de los tribunales judiciales para admitir el secreto profesional periodístico, generalmente es reconocido y respetado. A veces, por convicción legal y, otras, por razones de índole práctica.

Así, la sala III de la Cámara Nacional en lo Penal Económico (685), el 4 de abril de 1990, dispuso el sobreseimiento provisional en una causa por contrabando que había sido promovida por la actuación fiscal.

La causa tuvo su origen en un artículo publicado en el diario "La Nación" donde, tras efectuar una descripción del mercado local de material informático, se destacaban las diferencias significativas que se advertían con el mercado internacional en materia de precios, y las numerosas ofertas de venta de aquel material cuyo ingreso legal al país estaba vedado.

En primera instancia, y tras la realización de diversas medidas instructorias, tales como las declaraciones testimoniales que prestaron los representantes de algunas entidades especializadas en informática y el secretario general de redacción del medio de prensa, fue dispuesto el sobreseimiento provisional en la causa. La resolución fue apelada por el fiscal porque no se habían producido todos

---

(685) LA LEY, 1990-E, 43; DJ, 1991-1-256.

los actos instructorios que había solicitado. En particular, el requerimiento a los medios de prensa para que remitieran copias de los avisos que habían publicado, y en los cuales se ofrecía en venta aquellos materiales, así como también la individualización de sus emisores. La Cámara confirmó aquella resolución.

Un criterio similar fue adoptado por la Sala 1ª de la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Provincia de Entre Ríos, al resolver, el 22 de marzo de 1991, el caso "*Elizalde*" (686). El Tribunal sostuvo que el secreto profesional del periodista es un derecho subjetivo que integra la libertad constitucional de prensa y que, en principio, corresponde preservarlo en tanto no grave sobre la resolución de una causa penal que traiga aparejada la condena de un inocente. Si bien este derecho reconoce un límite, el mismo debe ser respetado cuando el juez dispone de todos los datos necesarios para iniciar la investigación y esclarecimiento de un hecho delictivo, sin que sea necesario que el periodista revele el nombre de la persona que le suministró la información aportada al magistrado judicial.

El Juez Federal de San Juan, Leopoldo Rago Gallo, al resolver el 11 de marzo de 1993 la causa N° 9980, se pronunció categóricamente por el carácter absoluto del secreto profesional. Con motivo de la difusión de las entrevistas realizadas por varios periodistas a una persona cuya captura había sido ordenada por los jueces, fue solicitada la citación judicial de aquellos para que indicaran cómo habían obtenido tales declaraciones y, si llegaban a ampararse en el secreto profesional, para que fueran inculcados por el delito de encubrimiento. El Juez Rago Gallo rechazó la petición fiscal: "*Considero que, por una parte, las entrevistas efectuadas no constituyen delito; por otra, aún cuando los periodistas y/o editores responsables fueren citados a los fines propuestos por el denunciante y se rehusasen a responder tampoco estarían incurso en el delito de encubrimiento; finalmente, si no se citase a los periodistas como imputados de tal delito, sino como testigos, podrían válidamente ampararse en el secreto de la fuente*". Agregó que "*si se obligase a los periodistas o editores a denunciar las fuentes de sus informaciones violando un secreto profesional, podrían incurrir en el delito tipificado por el art. 156 del Código Penal*", y que "*los periodistas denunciados no han hecho más que hacer uso del derecho que expresamente les confiere el art. 13, inc. 'c' de la Ley N° 12.908: libre acceso a toda fuente de información de interés público, en el marco del principio de reserva. No dejo de advertir que podría considerarse cuestionable el hecho de entrevistar a quien era prófugo intensamente buscado por la autoridad, pero ello es materia de todo*

*punto ajena al Poder Judicial y propia de la repulsa social que la actitud de los informadores pudiera eventualmente ocasionar”.*

En el caso “*Gorriarán Merlo*” (687), resuelto el 2 de mayo de 1996 por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal de San Martín, sala I, se destacó que “*El derecho al secreto profesional periodístico es relativo. Así, el mismo cede cuando razones de orden público de relevante jerarquía lo aconsejan y cuando ello no vulnere el derecho de no autoincriminarse ni afecte los límites previstos por el art. 28 de la Constitución Nacional*”. Añadió que, en el caso concreto, no se podía iniciar una investigación judicial sacrificando la garantía del art. 43 de la Ley Fundamental, sin antes agotar otras vías independientes que permitan acreditar la existencia del hecho delictivo.

La Cámara sostuvo que “*la protección al secreto respecto de las fuentes de información periodística, ahora expresamente previstas en el art. 43 de la Constitución Nacional, por su extensión y finalidad supera lo que es el recurso de habeas data y que además, ya gozaba de reconocimiento en la anterior redacción constitucional*”.

Por nuestra parte, y sin perjuicio de las reservas que hemos formulado, compartimos la opinión de Silvina Catucci cuando afirma “*que también es absoluta la reserva de la fuente periodística, incorporada como dijimos en la reforma constitucional de 1994, derecho que no puede ceder ni aún ante la investigación de un proceso penal. Ello es así porque en este aspecto, al igual que en el de la prohibición de la censura previa, la libertad de prensa adquiere el rango inherente a una libertad institucional*” (688).

Siguiendo la línea de pensamiento expuesta en el caso “*Gorriarán Merlo*”, la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, sala I, decidió que correspondía preservar la identidad del periodista que había efectuado una filmación mediante una cámara oculta, debido a que ella no era esencial para la resolución de la causa, al menos en la etapa procesal en que se hallaba (689).

En el caso “*Moschini, Roberto*” (690), ese mismo Tribunal se opuso a que ciertos medios de prensa revelaran la fuente de las informaciones periodísticas que habían publicado: “*El requerimiento efectuado para que las empresas mencionadas revelen el origen y/o la fuente*

---

(687) LA LEY, 1996-C, 637.

(688) SILVINA CATUCCI, *Libertad de prensa-calumnias e injurias*, p. 99, Ediar, Buenos Aires 1995.

(689) Caso “*Raña*”, LA LEY, 1999-D, 694.

(690) Sentencia del 4 de septiembre de 1997 (Reg. N° 712; causa N° 29.042 del Juzgado N° 8, Secretaría N° 15); LA LEY, 1998-A, 121; DJ, 1998-1-927.

*informativa de los artículos resulta incompatible con lo dispuesto por el artículo 43, tercer párrafo, de la Constitución Nacional, que específicamente prohíbe la afectación del secreto de la fuente de información periodística”.*

La sala II de ese Tribunal consideró que vulneraba la inviolabilidad de las fuentes periodísticas, la orden judicial de confeccionar un listado con llamadas telefónicas realizadas y recibidas por un periodista que reviste carácter de testigo en una causa penal, al existir otros cursos de investigación útiles para el logro del objetivo instructorio (691).

La Cámara, al revocar la medida dispuesta respecto del periodista Thomas Catan, consideró que entre los aspectos fundamentales de la libertad de expresión, se destaca el acceso libre a las fuentes de información, la posibilidad de recoger noticias, transmitir las y difundirlas, y de resguardar razonablemente en el secreto la fuente de donde esas noticias se han obtenido. Sin embargo, ese derecho no estaría basado sobre el art. 43 de la Ley Fundamental, porque este último alude exclusivamente a la preservación absoluta de la fuente informativa frente a la acción de hábeas data y no a una investigación de índole criminal. Criterio que no fue compartido por la sala I de ese Tribunal en el caso “*Moschini*”.

Invocando la doctrina expuesta por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “*Branzburg v. Hayes*” (692), la sala II entendió que un periodista solamente puede ser obligado a revelar su fuente informativa en una causa penal, cuando los datos requeridos no se pueden obtener por medios alternativos. Añadieron que cuando se produce una colisión de dos intereses relevantes, por una parte el secreto de la fuente informativa como elemento propio de la libertad de prensa, y por la otra, el interés del Estado en esclarecer un hecho delictivo, debe prevalecer este último. Pero ello solamente si, para el logro de tal fin, resulta indispensable conocer la fuente informativa, no siendo suficiente la simple utilidad de su conocimiento.

Si bien la decisión judicial rescató el secreto profesional periodístico como elemento coadyuvante para el desenvolvimiento de la prensa libre, se enrola en la postura jurisprudencial que no le asigna carácter absoluto a la garantía del art. 43 de la Constitución, limitando su alcance a la acción de hábeas data. No compartimos este criterio que es consecuencia de una interpretación literal. Ella ubica al secreto de las fuentes de información periodística en una zona gris

---

(691) LA LEY, 2002-F, 732 (caso “*Catan*”).

(692) 408 US 665.

donde, en función de los valores subjetivos del juez interviniente, se decidirá en cada caso si corresponde, o no, tutelar el secreto profesional. La solución puede parecer razonable, pero no cabe duda que trae aparejada una peligrosa inseguridad para la actividad periodística.

Consideramos que el secreto periodístico no puede ser desconocido por un juez y que, el periodista, no puede ser obligado a revelar su fuente informativa cuando el acceso a ella fue lícito y con motivo del ejercicio de su profesión.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no tuvo oportunidad, hasta el presente, para expedirse explícitamente sobre el tema a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sí lo hizo la Corte Europea de Derechos Humanos con un criterio próximo al adoptado en el caso "Catán" (693).

### 233. RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE PRENSA

En un sistema político democrático constitucional, la actividad periodística es esencialmente libre en orden a las personas que están habilitadas para su ejercicio. Una de las trabas autocráticas impuestas usualmente al periodismo consiste en exigir a quienes lo practican autorizaciones administrativas, inscripción en registros especiales, título habilitante fruto de la aprobación de estudios terciarios y la colegiación obligatoria. Son, todos ellos, mecanismos idóneos para impedir a ciertas personas el ejercicio de la actividad periodística como un medio indirecto para controlar los contenidos de la información que se suministra a la comunidad, o bien para estratificar socialmente a un grupo humano —los periodistas— mediante un régimen de privilegios inconcebible en el constitucionalismo democrático.

El derecho de publicar libremente las ideas, opiniones o noticias, no puede estar sujeto al cumplimiento de recaudo legal alguno sin configurar una intromisión irrazonable en el proceso de información y de exteriorización del pensamiento. Caso contrario, el hom-

---

(693) Casos "Handyside" del 7 de diciembre de 1976, "Goodwin" del 27 de marzo de 1996, "De Haes y Gijssels" del 21 de febrero de 1997, "Fressoz y Roire" del 21 de enero de 1999, "Roemen y Schmit" del 25 de febrero de 2003, "Ernst" del 15 de julio de 2003, sobre el particular, resulta de interés el artículo publicado por Luis M. García "Sobre la protección de las fuentes periodísticas a propósito del caso del TEDH "Roemen y Schmit c. Luxemburgo": una contribución a la relectura del caso "Catan", LA LEY, 2003-E, 659.

bre queda sujeto a un mecanismo de censura y la sociedad a la manifestación perversa y abusiva del poder, al ver coartada su capacidad de información cuando ella proviene de personas que no podrían acceder a la categoría de periodistas, ya sea por no haber desarrollado determinados estudios terciarios o por negarse a integrar entidades gremiales creadas compulsivamente para agrupar a los periodistas.

Considerando la naturaleza institucional y estratégica de la libertad de prensa en el marco de la Constitución Nacional, resulta palmaria la descalificación jurídica de toda norma que imponga la colegiación obligatoria de los periodistas, o que condicione el acceso a esa categoría profesional al cumplimiento de determinados recaudos como presupuesto para poder ejercer la libertad de expresión en forma regular y como un medio digno de vida.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, encargada de aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, emitió la Opinión Consultiva Nº 5/85, del 13 de noviembre de 1985, destacando que la colegiación obligatoria impuesta a los periodistas restringe la libertad individual de expresión y el derecho de la sociedad a recibir informaciones de personas determinadas.

Si no es viable condicionar el ejercicio de la actividad periodística al cumplimiento de diversos recaudos legales, resulta razonable sostener que tampoco es procedente prohibir a una persona que prosiga ejerciendo el periodismo (694).

En el sistema constitucional argentino carecen de validez jurídica todas aquellas normas que prohíben la impresión de ciertas publicaciones y su venta. Configuran actos de censura que impiden la publicación o venta de impresos y, por ende, la manifestación libre del pensamiento. Todo ello, claro está, sin perjuicio de las sanciones que puedan ser aplicadas a los autores del impreso si sus contenidos llegaran a configurar actos ilícitos civiles o penales.

Dentro de esta situación genérica quedan englobados aquellos casos en que la autoridad administrativa prohíbe la impresión y venta de periódicos en determinados días del año, con el propósito de tutelar las condiciones de trabajo de los distribuidores y vendedores de diarios y revistas. Tal medida tradicionalmente se aplica para los días 1º de enero, Viernes Santo, 1º de mayo y 25 de diciembre, a los cuales se añade el 7 de noviembre, fecha en que se celebra el "*día del canillita*". Esa es la denominación que tradicionalmente designa a los vendedores de diarios.

---

(694) LA LEY, 1994-C, 196.

La medida no sería objetable si ella se limitara a disponer que, en los referidos días, los distribuidores y vendedores de diarios que prestan servicios laborales bajo relación de dependencia no estuvieran obligados a cumplir con sus tareas. Sin embargo, ella excede el marco de razonabilidad al establecer que en tales fechas queda prohibida la impresión de diarios y su venta, ya sea en forma directa por las empresas periodísticas o a través de terceros que no prestan servicios bajo relación de dependencia. El dinamismo de la vida social moderna, y la necesidad de información que tiene la sociedad, son los factores determinantes de esa irrazonabilidad.

La Cámara Federal de Bahía Blanca tuvo oportunidad de expedirse sobre el tema al resolver, el 6 de agosto de 1991, la acción de amparo planteada en el caso "*Diario La Nueva Provincia*" (695). Confirmó la decisión del juez de primera instancia que había dispuesto dejar sin efecto la prohibición establecida para la impresión y distribución de ese diario los días 7 de noviembre.

Al resolver el caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 10 de agosto de 1993 (696), revocó la sentencia de la Cámara Federal y rechazó el amparo planteado por el diario "*La Nueva Provincia*", Entendió que "*... la mera comprobación de que en un determinado día del año no pueden lanzar a la venta pública las ediciones en cuestión no es un elemento suficiente que permita determinar por sí sólo si en el caso ha existido una restricción ilegítima a la libertad de prensa. En efecto, resulta imprescindible establecer, asimismo, si la señalada limitación objetiva que prima facie parece afectar exclusivamente a la faz mercantil de la actividad editorial se encuentra o no justificada, análisis complejo del que prescindió totalmente la Cámara*". No compartimos esta decisión pues avala ilegítimamente una restricción a la prensa gráfica y al derecho a la información de los ciudadanos, que no es extensible a la radio, televisión e internet.

Otro aspecto, de cuestionable validez constitucional, resulta de aquellas normas con las cuales se pretende determinar el porcentaje sobre el precio de tapa de las publicaciones que corresponde a los distribuidores y vendedores de periódicos, prescindiendo de la voluntad de las partes, o las que impiden a las empresas periodísticas proceder a la venta directa de sus publicaciones, así como también aquellas que, respondiendo a una concepción corporativa, imponen severas condiciones a todos aquellos que aspiren ejercer la actividad de vendedores o distribuidores de periódicos.

---

(695) El Derecho 145-534.

(696) Fallos CS 316:1768.

En esta categoría cabe incluir a las normas legales que prohíben la difusión periodística de toda propaganda política o de encuestas electorales, dentro de las 48 horas anteriores a los comicios. Tal prohibición, respecto de las encuestas, también se extiende por cierto lapso posterior a la conclusión del acto electoral. Consideramos que la prohibición es inconstitucional por restringir irrazonablemente los derechos de informar y a la información. Además la restricción resulta pueril por ser inaplicable a los medios de radiodifusión extranjeros y a sus emisiones por la internet (697).

Con lamentable frecuencia, las potestades fiscales han sido empleadas particularmente por ciertos gobiernos provinciales y municipales, para presionar a los medios de prensa mediante inspecciones arbitrarias de sus archivos y aplicando sanciones administrativas por presuntas infracciones formales a las normas impositivas. Aunque no respondió a semejante propósito, se incluye en esta categoría de restricciones a los hechos que motivaron la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "*Sociedad Anónima La Nación*", resuelto el 9 de diciembre de 1993 (698).

La Dirección General Impositiva había impuesto, a la empresa editora del diario La Nación, una sanción de clausura temporal aplicable a sus oficinas comerciales. Los ámbitos correspondientes abarcaban a las oficinas de venta de avisos clasificados y de ejemplares, pero no a los espacios físicos donde se desarrollaba la actividad periodística propiamente dicha. El motivo de la sanción fue el presunto incumplimiento formal de ciertas normas fiscales.

La Corte Suprema al confirmar la decisión judicial que había revocado la resolución del ente administrativo, declaró que "*aun cuando la clausura dispuesta se limita a los sectores en que se desarrolla la actividad comercial de la empresa periodística, es decir, a las oficinas de venta de avisos, es evidente la directa influencia que ella tendría sobre la posibilidad de publicación del diario, ya que afectaría de manera sustancial y necesaria su base económica de sustentación*". Añadió que "*el diario se vería privado de una importante fuente de ingresos durante los tres días de clausura, ya que en las dependencias clausuradas se desarrollan todos los aspectos notoriamente esenciales para su actividad comercial, sin los cuales la difusión de ideas se convertiría en un objetivo de cumplimiento ilusorio*".

La superposición de contribuciones federales y provinciales sobre las actividades que desarrollan ciertos medios de prensa, siem-

---

(697) Ver *supra* 222.

(698) Fallos CS 316:2845.



pre fue objeto de particular preocupación porque, en su afán por acrecentar los ingresos fiscales, las autoridades pertinentes no tienen reparos en vulnerar elementales principios constitucionales. Sin embargo, las técnicas de recaudación fiscal deben adecuarse a las leyes que garantizan la libertad fiscal de las personas, incluyendo a los medios de prensa.

En tal sentido, merece ser destacado el fallo que dictó, el 15 de diciembre de 1998, la Cámara Federal de Tucumán (699), al declarar la inconstitucionalidad de las normas locales que gravaban el uso del espacio aéreo por una empresa de televisión por cable. Dijo el Tribunal que eran violatorias de la legislación federal imperante en la materia, porque *"la ley 19.798 aplicable a la especie, al igual que la ley 22.285, dispone claramente que la ocupación o uso del espacio aéreo en cualquier lugar del país, estará exento de todo gravamen sea por el uso del suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, a los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones"*. Su fundamento fue la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia en el caso *"Telefónica Argentina c. Municipalidad de General Pico"*. El Alto Tribunal había expuesto que, *"El tributo municipal que se origina en la ocupación o uso del espacio aéreo de esa jurisdicción, constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el gobierno nacional ha hecho en una materia delegada por las provincias a la Nación"* (700).

La aplicación de leyes restrictivas de la actividad empresarial privada ha sido uno de los recursos más proclives para cercenar la libertad de prensa en la medida que ella está modernamente condicionada por la existencia de empresas periodísticas dotadas de una sólida estructura económica.

Así, y en el marco de una política económica restrictiva para la actividad privada, han sido frecuentes las limitaciones establecidas a los periódicos para fijar su precio de tapa. En el caso *"Alemann y Cía."*, la Corte Suprema de Justicia (701) convalidó la sanción de multa aplicada por la Subsecretaría de Comercio Interior del Ministerio de Comercio por no habersele comunicado previamente el aumento del precio de venta del diario *Argentinisches Tageblatt*. La Corte consideró razonable el requerimiento de la comunicación, *"adecuado para ejercer el contralor que la misma norma impone a la autoridad de aplicación, en orden a evitar y prevenir una determinación*

---

(699) Juicio "C.C.C. c. Municipalidad de S.M. de Tucumán s/ Inconstitucionalidad", Expte. 37.114.

(700) Fallos CS 320:162.

(701) Fallos CS 293:50.

*arbitraria de los precios*", agregó que la sanción aplicada por la conducta comercial carece de relación directa e inmediata con la garantía de la libertad de imprenta.

Un fallo fundamental, por sus proyecciones en esta materia, fue el que pronunció la Corte Suprema de Justicia en el caso *La Prensa* (702). Declaró inaplicable la ley 20.680 —ley de abastecimiento— a los diarios que, pese a su carácter de cosas muebles, consideró que no están comprendidos en aquella ley ya que, el fin primordial de ellos, no consiste en difundir la cultura sino la información o las ideas de sus redactores cuya libertad de publicación está garantizada por el art. 14 de la Constitución Nacional.

Expresó que la libertad de imprenta abarca la potestad de fijar el precio del producto y que, si se facultaba al poder administrador para regular ese precio, o se sometía a las empresas periodísticas a la previa autorización administrativa para disponer el incremento de los precios, se podían alterar las garantías adicionales vigentes sobre la libertad de expresión, pues el art. 32 de la Constitución refuerza la protección que corresponde acordar al derecho de propiedad privada establecido por el art. 17 de la Ley Fundamental.

Con respecto a las restricciones que se imponen para dar a publicidad los nombres de las partes en un proceso judicial, la Corte Suprema de Justicia estableció que el principio de publicación de las sentencias es una expresión de la regla republicana de publicidad de los actos de gobierno que impone el art. 1º de la Constitución. En principio, toda sentencia en materia penal debe ser pública, excepto en los casos en que el interés de los menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales, o tratándose de enfermos de SIDA, o si se afecta arbitrariamente la intimidad de las partes. En tales casos, si bien la sentencia puede ser publicada, corresponde abstenerse de difundir el nombre de la parte afectada. Sobre tal base, dispuso rechazar el pedido de supresión de los nombres de las partes para la publicación de una sentencia condenatoria por el delito de abuso deshonesto, pues si bien es indudable que la publicación íntegra de la sentencia puede ser perjudicial para el peticionario, dada su profesión de abogado, ello es producto de la propia conducta generadora del reproche penal (703).

Tampoco cabe hacer referencia a una restricción ilícita a la libertad de expresión, cuando ella pretende ser materializada violando la

---

(702) Fallos CS 310:1715; LA LEY, 1987-D, 592.

(703) Sentencia del 28 de julio de 2005 en el caso "*Kook Weskott s/ abuso deshonesto*"; El Derecho, 4 de octubre de 2005.

ley. La Corte Suprema de Justicia resolvió que las emisoras de radio-difusión clandestinas no son lícitas. No por su carácter oculto o secreto, sino por la falta de autorización previa para operar otorgada por autoridad competente. El derecho a la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas como medio de expresión o comunicación, debe ser ejercido conforme a las leyes reglamentarias y dentro de los límites impuestos por la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros que obtuvieron legalmente la titularidad de tales servicios y el interés público representado por los compromisos internacionales que regulan el uso de las frecuencias (704).

Al margen de las normas legales, las restricciones más graves provienen de la intolerancia puesta de manifiesto por los funcionarios gubernamentales frente a las manifestaciones del pensamiento reflejadas por los medios de prensa que colisionan con sus ideas o intereses. Lamentablemente, la permanente relación de tensión existente entre el gobierno y la prensa libre, muchas veces conduce a ciertos funcionarios públicos a implementar medidas destinadas a reprimir a los medios que no son afines a su línea política y a premiar, por diversas vías, a aquellos que son condescendientes con las opiniones y actos de los gobernantes de turno. La intolerancia de los detentadores del poder, en modo alguno se compadece con la pluralidad y libertad de una auténtica democracia. Es así que, ante los presuntos excesos de la libertad de prensa, se responde con reales excesos, por las vías de hecho o derecho, por quienes asumen cargos públicos ejerciendo su poder en desmedro del bien común de la sociedad.

A esta situación patológica apuntó el dictamen emitido, en el curso del año 2005, por la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Tras expresar su preocupación por los sucesos que habían ocurrido en el país y en el exterior, que afectan el ejercicio de la libertad de prensa, destacó que ella se había *“abocado al estudio de tal situación y en consecuencia ha llegado a las recomendaciones que se resumen a continuación:*

1. *El amplio reconocimiento de la libertad de prensa es una de las conquistas más importantes obtenidas por los pueblos en el curso de su permanente lucha por la dignidad y la vigencia de los derechos inherentes a la condición humana. Presupone la coexistencia de las más variadas opiniones que se reflejan en múltiples e independientes medios de prensa, porque es indudable que la prensa libre florece en el terreno fértil forjado*

---

(704) Sentencia del 16 de noviembre de 2004 en el caso “Ferrer c. COMFER”; El Derecho, 14 de junio de 2005. También Fallos CS 320:1022; 322:2750.

*por la libertad y en particular, por el ejercicio irrestricto de la libertad de expresión.*

2. *La prensa libre, fruto del pluralismo que impera en una sociedad democrática es la herramienta indispensable que permite el desarrollo del disenso civilizado, la tolerancia y el respeto recíproco. Eslabones de un estilo de vida en el cual el debate de las ideas erradica la violencia y las vías de hecho generadas por la intransigencia autocrática.*
3. *Quienes desempeñan la función pública deben comprender y aceptar que, además de ejercer con eficiencia los cargos a los que accedieron voluntariamente para satisfacer el bien común, tienen que asumir la carga democrática que ellos conllevan respetando, sin descalificar el desacuerdo, la disparidad de opiniones, el derecho a la información del pueblo y la ética republicana impuesta por la convivencia democrática.*
4. *Asimismo, cuando aquellas opiniones recaen sobre la actuación de los gobernantes, corresponde respetar el espacio inviolable para la más amplia discusión sobre los temas de interés público e institucional, incluyendo las críticas o elogios que se puedan emitir sobre la cuestión gubernamental”.*

### 234. DOCTRINA CAMPILLAY

Para sostener la responsabilidad de los medios de prensa por la publicación de hechos inexactos, la jurisprudencia de nuestros tribunales estuvo desprovista de reglas, relativamente uniformes, adoptando muchas veces criterios jurídicos que se aproximaban sensiblemente a la responsabilidad objetiva. Esa responsabilidad resultaba de la simple acreditación por el accionante sobre la inexactitud de los datos publicados con prescindencia, en principio, de las razones que pudieron impulsar al medio de prensa para su difusión, o de la seriedad que cabía atribuir a las fuentes generadoras de la información transmitida.

Inclusive, y con referencia al elemento subjetivo, se llegó a propiciar una suerte de presunción de dolo o culpa en el medio de prensa cuando publicaba datos inexactos. Presunción que, si bien admitía la prueba en contrario, se apartaba de los principios generales del derecho que imponen al accionante el deber, no solamente de probar la inexactitud, sino también el dolo o culpa en quien había ejercido la libertad de prensa.

Sin embargo, los tiempos judiciales son mucho más lentos que los tiempos periodísticos, donde la celeridad en el suministro de in-

formación configura la esencia de su caracterización moderna. Esa celeridad, que es coherente con los asombrosos adelantos tecnológicos experimentados en el curso de los últimos años, impone a los jueces el deber de superar los límites de un gabinete de estudio e introducirse en la realidad cotidiana de la actividad periodística que, lamentablemente, no es suficientemente conocida. Se advertirá entonces que el sentido de responsabilidad del periodista no difiere del que posee el ciudadano común e, inclusive, el propio jurista llamado a resolver los conflictos suscitados con motivo del ejercicio de la libertad de expresión. También se advertirá que muchos de los errores y datos, total o parcialmente inexactos, no fueron generados por conductas dolosas o culposas ni responden a propósitos sensacionalistas, sino que son consecuencia inevitable de una prensa eficaz siendo, por otra parte, que aquellas imperfecciones no constituyen la regla general de la actividad periodística, sino simples excepciones que jamás deberían ser presentadas como elementos válidos para caracterizarla.

La Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de desarrollar parcialmente estos conceptos el 15 de mayo de 1986 al resolver el caso "*Campillay c. La Razón, Crónica y Diario Popular*" (705).

El hecho generador de la responsabilidad atribuida a los medios de prensa consistió en haber publicado un comunicado de la Policía Federal, en el cual se involucraba al actor en la comisión de diversos delitos de los cuales, posteriormente, fue sobreseñado definitivamente en sede penal. La Corte, en el voto de la mayoría, sostuvo que el derecho a la libre expresión e información no es absoluto ni 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.

La Corte consideró que el comportamiento de los diarios había sido imprudente a pesar de que ellos se limitaron a transcribir el comunicado policial, pero sin citar la fuente informativa. Asimismo, precisó las circunstancias de hecho que, en tales casos y a su criterio, son suficientes para eximir de responsabilidad a los medios de prensa. Tales circunstancias, que configuran las reglas de la doctrina Campillay, eximen de responsabilidad a los medios de prensa cuando, en la redacción de las notas periodísticas, se adopta en forma alternativa a alguna de ellas:

- 1) Propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente. La fuente debe ser debidamente

individualizada en la publicación, resultando insuficiente una referencia genérica. Además, corresponde al medio de prensa acreditar la existencia de la fuente invocada.

- 2) Utilizar un tiempo de verbo potencial.
- 3) Dejar en reserva la identidad de los implicados en la nota periodística. No se deberá publicar su nombre y cualquier otro dato que permita su individualización.

Esta doctrina presenta la virtud de establecer reglas objetivas, cuyo previo conocimiento le permite a quien ejerce la libertad de prensa adoptar los resguardos necesarios para eximirse de responsabilidad ante una eventual difusión de actos que pueden resultar agraviantes para una persona. Sin embargo, es también sumamente riesgosa para la plena vigencia de la libertad de prensa al hacer responsables a los medios técnicos de comunicación social por la fiel difusión del contenido de los actos emanados de una repartición estatal, cuando no se cita debidamente a la fuente informativa.

Llevada la doctrina Campillay a su consecuencia lógica, los medios de prensa son responsables por los daños que ocasione la publicación fidedigna de cualquier acto emanado de los órganos gubernamentales, una vez que se acredite la inexactitud de su contenido y aunque el medio de prensa no incurra en falsedad.

Conforme a la doctrina Campillay, la responsabilidad de los medios de prensa se basa sobre la publicación de una información inexacta. Esa inexactitud puede consistir en apartarse de los datos aportados por la fuente informativa, procediendo a suministrar una información diferente a la obtenida. También puede consistir en reproducir fielmente esa información cuando se acredita que ella es inexacta ya que, en este caso, el medio de prensa tendría el deber de verificar la veracidad de la información. En este último supuesto solamente podría eximirse de responsabilidad si se ajusta, alternativamente, a alguno de los tres principios expuestos por la Corte: publicar la información atribuyendo su contenido a una fuente determinada, o utilizar un tiempo de verbo potencial, o dejar en reserva la identidad de las personas implicadas.

La rigurosa aplicación de las reglas configurativas de la doctrina "Campillay" fue considerablemente atenuada por la Corte Suprema de Justicia a partir de 1993 cuando resolvió los casos "*Triacca c. Diario La Razón*" (706) y "*Granada c. Diarios y Noticias*" (707).

---

(706) Fallos CS 316:2417; LA LEY, 1994-A, 246; DJ, 1994-1-631.

(707) Fallos CS 316:2394; LA LEY, 1994-A, 239; DJ, 1994-1-627.

En el primero de ellos, la Corte revocó la sentencia condenatoria para Diarios y Noticias que había impuesto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por considerar que había sido errónea la interpretación efectuada de la doctrina "Campillay". En el caso, Diarios y Noticias había emitido un despacho periodístico en el cual se formulaban graves cargos que, implícitamente, alcanzaban al actor aunque individualizando a la persona que los había formulado.

La Corte sostuvo que *"con relación a esta última hipótesis (indicación de la fuente), que es la que interesa en el sub examine, el informador, al precisar aquella, deja en claro el origen de las noticias y permite a los lectores atribuirles no al medio a través del cual las han recibido, sino a la específica causa que las ha generado. De igual forma, los propios aludidos por la información resultan beneficiados, en la medida en que sus eventuales reclamos —si a ellos se creyeran con derecho— podrán ser dirigidos contra aquéllos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales de difusión"*.

En el caso "Granada c. Diarios y Noticias" la Corte revocó la sentencia condenatoria impuesta por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, con motivo de la demanda promovida a raíz de la publicidad dada a los decretos 2049, 2069 y 2070 dictados por el Poder Ejecutivo Nacional en 1985 disponiendo el estado de sitio y la detención de diversas personas a las cuales, tanto en los considerandos de esas normas como en el curso de una conferencia de prensa ofrecida por el ministro del interior pocas horas después de la emisión del despacho periodístico, se las relacionaba con el desarrollo y ejecución de diversas actividades ilícitas.

El fallo condenatorio se había fundado en que la fuente informativa no había sido debidamente individualizada porque, en el despacho de Diarios y Noticias se mencionaba a *"una calificada fuente gubernamental"*. Además, si bien la demandada había probado que el ministro del interior fue quien atribuyó al demandante, entre otras personas, las actividades delictivas citadas en el despacho periodístico, lo cierto es que esa imputación se concretó en el curso de una conferencia de prensa realizada unas horas después de haber sido emitido el despacho.

La Corte entendió que la interpretación efectuada de la doctrina "Campillay" adolecía de manifiesto ritualismo afectando la justicia de la solución dada al caso. Agregó que la noticia atribuida a una calificada fuente gubernamental fue seguida pocas horas después por *"una conferencia de prensa del ministro del Interior, en la que este alto funcionario efectuó un desarrollo que —como el a quo lo admite— coincide en líneas generales con lo que había anticipado el despacho"*.

A partir de 1986, la Corte Suprema de Justicia, a igual que los tribunales inferiores, aplicó las reglas de la doctrina "*Campillay*", en numerosas oportunidades, tanto en materia civil como penal, para juzgar la responsabilidad de quienes ejercen la libertad de expresión (708).

Aplicando esta doctrina, la Corte Suprema de Justicia resolvió que el editor de una publicación periodística no debe responder por el delito de injurias si no se probó que conociera el contenido difamatorio de una solicitada, máxime cuando se identificó a su autor, no se tomó partido por sus aseveraciones ni se le agregó mayor fuerza de convicción (709).

La difusión de noticias que pueden lesionar la reputación de una persona no solamente deben ser expuestas utilizando un modo potencial y absteniéndose de efectuar consideraciones de tipo asertivo, sino también generando un discurso conjetural en todo el contenido de la noticia (710).

Cuando se trata de una noticia difamatoria vertida respecto de un ciudadano común no corresponde aplicar el standard de protección atenuada del honor que rige para los funcionarios públicos (711).

Es procedente eximir de responsabilidad al medio de prensa que publicó una nota transcribiendo los dichos potencialmente injuriosos vertidos por un tercero respecto del accionante, toda vez que no existe en dicha nota ninguna manifestación que permita suponer que el medio los compartía, ni tampoco hay elementos para imputarle que haya actuado con despreocupación. La atribución directa y sincera de la noticia a una fuente, resulta suficiente para eximir de responsabilidad al periodista (712).

No puede considerarse cumplido el requisito de atribución directa de la noticia a la fuente pertinente exigido por la doctrina "*Campillay*" para eximir a un medio de prensa de responsabilidad por la noticia propalada, cuando la mención de las fuentes es genérica e incierta sin permitir individualizar al emisor original de la noticia (713).

Corresponde el rechazo de la demanda de daños y perjuicios promovida a raíz de la publicación de una nota periodística en la que se

---

(708) Fallos CS 315:632; 317:1448; 319:2965 y 3428; 321:2848; 324:2419 y 4433.

(709) Caso "*Caric Petrovic*", Fallos CS 325:1227; LA LEY, 2002-E, 262.

(710) Caso "*Burlando*", Fallos CS 326:145.

(711) Caso "*Menem, Amado*", Fallos CS 326:2491; LA LEY, 2003-E, 869.

(712) Caso "*Barreiro*", Fallos CS 326:4123.

(713) Caso "*Perini*", Fallos CS 326:4285.



describió un procedimiento policial por el cual se detuvo al accionante, porque está acreditado que las descripciones hechas se condicen con el acta de allanamiento y con las restantes constancias de la causa penal (714).

Es responsable por el daño moral sufrido por un juez la revista que publicó un artículo indicándolo como sospechoso del delito de enriquecimiento ilícito, toda vez que no atribuyó el contenido de la información a una fuente, no utilizó una forma de verbo potencial, no formuló la noticia en forma de opinión y tampoco mantuvo en reserva la identidad de la persona implicada (715).

Aunque una publicación no cumpla con ninguno de los requisitos establecidos por la doctrina "*Campillay*", por lo que puede considerarse antijurídica y susceptible de causar un daño moral al accionante, corresponde concluir que no está acreditado el factor de atribución exigible —dolo o culpa—, lo que obsta a la responsabilidad civil del medio de prensa demandado, pues la errónea noticia de la detención del actor se basó sobre fuentes razonablemente confiables, al emanar de un auxiliar de la justicia interiorizado en la causa y de una conocida agencia de noticias, habiendo también sido recogida por otros medios. En tales condiciones, ponderando además la trascendencia que la noticia tenía en la marcha de un suceso trágico que conmovía a la sociedad y los requerimientos de una rápida cobertura, no se advierte que se procediera con falta de diligencia periodística al no verificarse la exactitud de la información suministrada. Por otra parte, también cabe valorar la conducta adoptada inmediatamente por el medio de prensa al publicar otra nota sobre el tema, con amplia cobertura, rectificando expresamente la información anterior sobre la detención del accionante, circunstancia que evidencia su buena fe y adecuación a las reglas de ética periodística (716).

La doctrina "*Campillay*" no es aplicable, cuando las expresiones vertidas se refieren a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en cuestiones de interés institucional o de relevante interés público, consideramos que cabe acudir a las reglas de la "*real malicia*" para proteger con mayor intensidad a esa libertad institucional y estratégica. De tal modo, "*Campillay*" regiría en los supuestos en que la libertad de prensa es ejercida en una dimensión

---

(714) Caso "*R. D.E. c. Editorial La Página*" resuelto por la Corte Suprema de Justicia el 26 de agosto de 2004; LA LEY, 16 de septiembre de 2004.

(715) Caso "*Brugo c. Lanata*", resuelto por la Cámara Nacional en lo Comercial, sala B, el 30 de junio de 2005; LA LEY, 24 de octubre de 2005.

(716) Caso "*JCPF c. Diario Clarín*", resuelto por la Cámara Nacional en lo Civil, sala I, el 16 de agosto de 2005; El Derecho, 2 de marzo de 2006.

individual, mientras que, la "*real malicia*", funcionará en los casos donde la libertad de prensa se ejerce en una dimensión institucional o estratégica.

### 235. DOCTRINA DE LA REAL MALICIA

El rol que desempeña la prensa libre en un sistema democrático constitucional difiere sustancialmente del que se le atribuye en un régimen autocrático.

En el primero, es consecuencia y presupuesto indispensable del pluralismo que permite la expresión, sin límites, de las más audaces creaciones del intelecto humano. Se considera que el conjunto de los individuos está dotado de la suficiente capacitación intelectual y formación natural ética como para analizar tales creaciones y decidir, libremente, su aceptación o rechazo. Es posible que ese conjunto de ciudadanos incurra en graves errores con motivo de esa ponderación pero, de manera mediata, siempre fueron rectificadas espontáneamente sin necesidad de someterse a la voluntad de un tutor sobrenatural. Por otra parte, si el objeto de la democracia constitucional es la vigencia de la libertad y dignidad del ser humano, y si ese ser humano es el protagonista del sistema, toda interferencia a la libertad de pensar y de expresar el pensamiento constituye un real atentado contra el sistema político.

En el segundo, el pluralismo es inaceptable cuando sus manifestaciones son adversas para los valores sobre los cuales se basa el sistema que, claro está, no son la libertad ni la dignidad del ser humano. Esto conduce a la censura y restricción de todas aquellas expresiones públicas que difieren de las sustentadas por los tutores del sistema. A ello se añade la censura y restricción de las manifestaciones que puedan configurar un peligro meramente potencial para la lozana subsistencia de los valores autoritarios.

En un sistema autoritario no existe la libertad de prensa porque solamente se puede expresar públicamente —y a veces hasta en privado— aquellos pensamientos que fortalecen las bases del sistema o son inocuas para el mismo. Además, en el autoritarismo se advierte una constante multiplicación de las restricciones avaladas por infinidad de razones políticas y éticas compartidas por los tutores del sistema. La experiencia resultante de la historia política de la humanidad nos revela que, una vez concretada la restricción por más leve que ella sea, se abren las compuertas determinantes de su proliferación, tanto sobre aspectos genéricos como sobre los más mínimos detalles de la vida de los individuos.

La necesidad de preservar la libertad de prensa y la prensa libre, en el marco del rol que ella desempeña en un sistema democrático constitucional, y la circunstancia de que la promoción de acciones penales o civiles constituyen procedimientos sumamente efectivos para silenciar las críticas o privar de información a la comunidad, impone la necesidad de actuar con suma cautela en la materia, aplicando criterios de tipificación judicial que permitan gestar un equilibrio razonable entre aquella función de la prensa y los derechos individuales que puedan ser vulnerados mediante una publicación.

Es cierto que la libertad de prensa, a igual que las restantes libertades constitucionales, no reviste carácter absoluto en orden a las consecuencias que depara su ejercicio. Sin embargo, cuando ella se manifiesta en una dimensión institucional o estratégica, el criterio para ponderar la responsabilidad jurídica consecuente impone la aplicación de reglas especiales y diferentes a las aceptables en una dimensión individual. No para otorgar un privilegio a quien ejerce esa libertad, sino para preservar la subsistencia de un sistema democrático constitucional.

Entre tales reglas cabe citar las que configuran la doctrina de la real malicia. Su principal virtud reside en establecer criterios objetivos para juzgar la responsabilidad jurídica con motivo del ejercicio de la libertad de prensa, distinguiendo las diversas connotaciones que ella presenta según se ejerza en una dimensión individual, institucional o estratégica.

### 236. FORMULACIÓN DE LA DOCTRINA

El 29 de marzo de 1960 el diario New York Times publicó una solicitud bajo el título de *"Escuchad sus voces clamorosas"*, en la cual se detallaban denuncias y reclamos formulados por diversos ciudadanos con motivo de actos de discriminación racial ejecutados por la autoridad policial. Al concluir su texto figuraban los nombres de 60 personas y, a continuación, y debajo de una línea de palabras que decían *"los que luchamos diariamente en el Sur por la dignidad y libertad apoyamos firmemente esta solicitada"*, aparecían los nombres de 4 clérigos. La solicitada era atribuida al *"Comité de Defensa de Martin Luther King y de la lucha por la libertad en el Sur"* y enunciaba los nombres de los miembros del Comité.

Algunos de los hechos descriptos en la solicitada eran inexactos y tal circunstancia se acreditó fehacientemente.

La legislación de Alabama, basada sobre el *common law*, requería como presupuesto para la viabilidad de las acciones resarcitoria y punitoria, lo siguiente:

- 1) La prueba por el demandante que el accionado había efectuado o participado en la publicación de las afirmaciones difamatorias.
- 2) El juez debía decidir si, objetivamente, las expresiones publicadas eran por sí mismas difamatorias. Tenían tal aptitud aquellas que, sin relación con un caso concreto, podían dañar la reputación de una persona o podían transformarla en objeto del repudio público.
- 3) Si la publicación era difamatoria, se presumía que ella era falsa, sin que el demandante tuviera que aportar pruebas para acreditar ese extremo.
- 4) Si la publicación era difamatoria, se presumía que ocasionaba daños al demandante. El accionante no debía probar tales daños ni su cuantificación. Este principio, aplicable a los daños ejemplares o punitivos, no regía respecto de los daños específicos que provocaban una pérdida económica. La existencia y cuantificación de los daños resarcitorios debía ser acreditada por el accionante.
- 5) En las acciones civiles se presumía el dolo o culpa del demandado. El accionado no se eximía de responsabilidad aunque acreditara la inexistencia de una conducta dolosa o culposa. La prueba del dolo sólo se requería en las causas que previeran sanciones penales.
- 6) El demandado sólo podía ser eximido de responsabilidad si probaba la verdad de sus afirmaciones.

El tribunal del Condado de Montgomery hizo lugar a la acción de difamación de Sullivan, condenando a cuatro de los autores de la solicitada y al diario New York Times al pago de una indemnización de 500,000 dólares. El fallo fue confirmado por la Suprema Corte del Estado de Alabama aplicando aquellos principios del *common law* prescindiendo del sentido que cabía asignar en el caso a las disposiciones del derecho constitucional.

Sostuvo el Tribunal que el texto de la solicitada era por sí mismo difamatorio, y que se presumía el perjuicio económico de Sullivan sin admitir prueba en contrario. También se tuvo por acreditado el dolo, el cual se infería de la irresponsabilidad del New York Times al publicar la solicitada pese a tener en sus archivos artículos publicados que demostraban la falsedad del contenido de aquélla.

La Suprema Corte de Alabama rechazó los argumentos de índole constitucional esgrimidos por el New York Times. Sostuvo, brevemente, que la Enmienda I no protegía a las publicaciones difamatorias, y que la Enmienda XIV regula las acciones provenientes de los Estados y no de los particulares. Esa Enmienda XIV, en la Sección I, establece que un Estado no puede privar a una persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso de ley, ni denegar de manera igualitaria la protección de las leyes.

Por la vía del *certiorari*, el New York Times recurrió por ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos que, al revocar el pronunciamiento, formuló la célebre doctrina de la "real malicia" (717).

En el voto del juez William J. Brennan, que reflejó el criterio mayoritario de la Corte, se destacó que se revocaba el fallo porque las reglas del *common law* aplicadas por el tribunal de Alabama eran constitucionalmente deficientes al no salvaguardar las libertades de prensa y de palabra protegidas por las Enmiendas I y XIV, en una acción por difamación iniciada por un funcionario público contra quienes criticaron su desempeño como tal.

Brennan sostuvo: *"En primer lugar corresponde analizar los dos argumentos empleados para impedir que el fallo de los tribunales de Alabama sean examinados conforme a los principios constitucionales. El primero de ellos, que la Enmienda XIV se dirige contra la acción estatal y no contra la de los particulares, es inaplicable en este caso. Aunque se trate de un litigio civil entre particulares, los tribunales de Alabama aplicaron una regla de derecho estatal que impone restricciones improcedentes a las libertades de palabra y de prensa. No interesa que esa ley se haya aplicado en una acción civil y forme parte del 'common law', aunque también tiene apoyo en el derecho legislado. El segundo argumento es que las garantías constitucionales en defensa de la libertad de palabra y de prensa son inaplicables en este caso porque, al menos con respecto al Times, el texto pretendidamente difamatorio fue publicado como parte de un aviso pago de carácter comercial. Se basa este razonamiento en el caso Valentine vs. Chrestensen (316 US 52), en el que la Corte sostuvo que una ordenanza municipal que prohibía la distribución en la vía pública de publicidad comercial, no violaba la Enmienda I, incluso si se aplicaba a un volante con un aviso publicitario en un lado y una protesta contra ciertos actos oficiales en la otra. Ese fundamento es improcedente, porque en dicho caso la Corte reafirmó la protección constitucional a la libertad de comunicar información y difundir opiniones, y basó su fallo en las*

*circunstancias de hecho que permitan sostener que el volante era una propaganda puramente comercial y que la protesta contra los actos oficiales fue incluida como pretexto para evadir a esa ordenanza. En la especie, la publicación no era un aviso comercial en el sentido asignado en ese fallo, porque comunicaba información, expresaba opiniones, enunciaba agravios, protestaba contra presuntos abusos y solicitaba apoyo económico en nombre de un movimiento cuya existencia y objetivos son temas de gran preocupación e interés público”.*

La extensión de la libertad de prensa a las publicaciones de índole onerosa fue resuelta de la siguiente manera: *“El hecho de que el Times recibiera un pago por publicar el aviso es tan irrelevante como lo es el hecho de que también se vendan los diarios y libros. Cualquiera otra conclusión provocaría una cierta prevención de parte de los diarios contra la publicación de solicitudes de este tipo y podría cerrar una importante vía para la difusión de informaciones e ideas por parte de aquellas personas que no cuentan con otro acceso a los medios de prensa y que desean ejercer su libertad de palabra sin ser miembros de la prensa. Con ello se coartaría el propósito de la Enmienda I de asegurar la más amplia posible divulgación de informaciones de fuentes diversas y antagónicas. A fin de evitar tal amenaza contra la libertad de expresión, decidimos que si las palabras pretendidamente difamatorias están protegidas por la Constitución, no pierden tal protección por haber sido publicadas en la forma de un aviso pago”.*

Agregó que *“Hace ya muchos años que nuestros fallos han decidido que la Enmienda I protege la libertad de expresión sobre cuestiones públicas. Hemos dicho que la garantía constitucional fue establecida para asegurar el libre intercambio de ideas del cual emanan los cambios sociales y políticos deseados por el pueblo. Mantener la libre discusión política para lograr que el Gobierno responda a la voluntad del pueblo y que se obtengan cambios por vías legales, posibilidad esencial para la seguridad de la República, es un principio fundamental de nuestro sistema constitucional. Es un preciado privilegio americano poder expresar, aunque no siempre con buen gusto, las propias opiniones sobre todas las instituciones públicas, y ese privilegio debe acordarse no sólo para los debates abstractos sino también frente a la defensa vigorosa de las ideas... Por eso debemos analizar este caso partiendo de una profunda adhesión al principio de que la discusión sobre los asuntos públicos debe ser desinhibida, sin trabas, vigorosa y abierta, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente agudos, contra el Gobierno y los funcionarios públicos. La solicitada bajo análisis, como protesta y expresión de agravios referente a uno de los problemas principales del momento, parece quedar claramente incluido dentro de la protección constitucional.*

*La cuestión es si pierde tal protección debido a la falsedad de algunas de sus afirmaciones sobre hechos y la pretendida difamación del demandante”.*

*Tras añadir que “ni el error de hecho ni el contenido difamatorio son suficientes para privar de la protección constitucional a las críticas que se formulen a la conducta de los funcionarios públicos”, destacó que la prohibición impuesta por la Enmienda I al Congreso Federal fue extendida a los Estados locales por la Enmienda XIV, de modo que “Lo que un Estado no puede, constitucionalmente, hacer por medio de una ley penal tampoco lo puede hacer mediante una ley civil sobre difamación escrita. El temor a las indemnizaciones por daños y perjuicios bajo una disposición como la invocada por los tribunales de Alabama, puede ser mucho más inhibitorio que el temor a ser procesado bajo una ley penal”.*

*“La cuestionada ley estatal no adquiere validez por permitir la ‘exceptio veritatis’. En la especie es tan esencial que se admita como defensa la buena fe con que se emitieron las declaraciones erróneas como lo fue el requisito de probar el conocimiento culpable que en Smith v. California (361 U.S. 147) consideramos indispensable para ratificar la condena aplicada a un librero por tener en venta libros obscenos. Dijimos en esa ocasión: Porque si el librero es criminalmente responsable aunque no conozca el contenido de los libros que vende, tratará de limitar los libros en venta a aquellos que ha inspeccionado y de este modo el Estado habrá impuesto una restricción sobre la distribución de libros constitucionalmente amparados tanto como sobre la de los libros obscenos. Y la carga del librero se convertirá en la carga del público, pues al restringir al primero se restringe el acceso del público a las obras impresas. Su temor ante la responsabilidad criminal tendría como efecto restringir el acceso del público a aquellos impresos que el Estado no puede suprimir directamente. La autocensura del librero, compelido por el Estado, sería una censura que afectaría a todo el público y trabaría la distribución de todos los libros, obscenos o no. Una regla que exigiera a todo aquel que criticara la conducta de los funcionarios públicos garantizar la verdad de sus aseveraciones, y hacerlo bajo pena de condenas por difamación de monto prácticamente ilimitado, conduce a una autocensura similar. Permitir la ‘exceptio veritatis’, haciendo recaer la carga de la prueba sobre el demandado, no significa que solamente se impedirá la emisión de declaraciones falsas. Los tribunales que aceptan esta defensa como un resguardo adecuado, han reconocido las dificultades para probar acabadamente que la pretendida difamación es verdadera en todas sus partes. Bajo tal regla, los críticos de los funcionarios públicos serán disuadidos de expresar sus opiniones, aunque las creyeran verdaderas*

y aunque realmente así lo fueran, debido a la duda sobre si podrían probarlo ante el tribunal y el temor a los costos que les acarrearía tal prueba, por lo que tenderían a emitir sólo aquellas expresiones que quedarán bien lejos de la zona ilegal. De esta forma se limitará la amplitud del debate público, y esto es incompatible con las Enmiendas I y XIV".

Sobre la base de tales argumentos, el juez Brennan precisó el contenido de la doctrina de la "real malicia": "Las garantías constitucionales requieren una norma federal que prohíba a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria referente a su conducta como tal a menos que pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad". Cabe destacar que el juez Brennan citó como precedente de su formulación doctrinaria el caso "*Coleman vs. Mac Lennan*", resuelto en última instancia por la Suprema Corte de Kansas.

En este último caso el Tribunal, tras requerir la previa prueba de la inexactitud de la aseveración, agregó "que todo aquel que pretenda haber sido difamado por la expresión que cuestiona, debe probar la real malicia o de lo contrario perder el derecho a la indemnización. Este privilegio se extiende a una gran variedad de materias e incluye asuntos de interés público, hombres públicos y candidatos a cargos oficiales".

Se establecían, así, las bases para la futura ampliación de la doctrina. Pero, simultáneamente, cabe advertir que la Suprema Corte de Kansas solamente aludió a la real malicia como sinónimo de dolo directo excluyendo la hipótesis del dolo eventual o "reckless disregard" que también aparece citada en el voto del juez Brennan.

Para avalar la razonabilidad de la solución propuesta, el magistrado señaló que "La prerrogativa acordada a la crítica de la conducta de los funcionarios públicos es análoga a la protección concedida al funcionario público a quien un particular demanda por difamación. En *Barr v. Matteo* (360 U.S. 564) esta Corte sostuvo que las expresiones de un funcionario público tienen un privilegio absoluto si son hechas dentro del amplio marco de sus atribuciones. Los Estados acuerdan la misma inmunidad a las declaraciones de sus funcionarios de mayor jerarquía, aunque algunos limitan el privilegio cuando se trata de funcionarios de menor importancia. Pero la solución uniforme es que todos los funcionarios se encuentran protegidos a menos que se pruebe su real malicia. La razón de esta prerrogativa se debe a que, de otro modo, la amenaza de juicios por indemnización de daños inhibiría una vigorosa y efectiva administración de la política del Gobierno y reduciría el entusiasmo de todos en el firme desempeño de sus debe-



res, con excepción de los más resueltos o más irresponsables. Análogas consideraciones fundamentan la prerrogativa del ciudadano que critica al gobierno, ya que es tan deber suyo criticar, como deber del funcionario administrar. Como dijo Madison el poder de censura corresponde al pueblo sobre el gobierno y no al gobierno sobre el pueblo. Se daría a los funcionarios públicos una preferencia injustificada sobre el pueblo a quien sirven, si quienes critican su desempeño no tuvieran una inmunidad equivalente a la que tienen los mismos funcionarios. Concluimos, por ello, que las Enmiendas I y XIV exigen tal privilegio”.

La alternativa del dolo eventual o “reckless disregard” incorporada por el juez Brennan en modo alguno equivale a la culpa de la legislación civil argentina. Así, en el fallo se explicitó que “hay pruebas que demuestran que el Times publicó el aviso sin confrontar su actitud con las notas periodísticas de sus propios archivos. La mera existencia de dichas notas en los archivos no significa, por supuesto, que el Times conocía la falsedad de la solicitada, ya que el estado mental que implica la real malicia debe referirse a las personas de la organización del Times que eran responsables por la publicación de la solicitada. Con respecto a la omisión de tal confrontación por parte de esas personas, surge del juicio que las mismas confiaron en su conocimiento de la buena fama de muchas de las personas cuyos nombres figuraban entre los promotores del aviso”. “Consideramos que la prueba aportada en contra del Times justifica, como mucho, la conclusión de que el mismo fue negligente al no descubrir los errores y es, por ende, constitucionalmente insuficiente para demostrar la temeridad que requiere la imputación de la real malicia”.

En el voto del juez Black, al cual adhirió el juez Douglas, se formuló una severa crítica al voto de la mayoría, a pesar de propiciar también la revocatoria del fallo dictado contra el New York Times. Destacó que “Para revocar el fallo, la mayoría sostiene que las Enmiendas I y XIV delimitan el poder de un Estado para acordar indemnización en los juicios de difamación promovidos por funcionarios públicos contra quienes critican su conducta como tales. Por mi parte, baso mi voto por la revocatoria en la convicción que las Enmiendas I y XIV no solamente limitan el poder de un Estado para acordar indemnización a un funcionario público contra quienes critican su conducta como tal, sino que prohíben por completo al Estado ejercitar tal poder. La mayoría sostiene que los Estados pueden someter a tales críticos al pago de una indemnización si se prueba contra ellos la existencia de real malicia. La real malicia en la definición de esta Corte, es un concepto abstracto, difícil de probar y difícil de refutar. La exigencia de su prueba aporta, en el mejor de los casos, una leve protección al derecho de examinar críticamente los asuntos públicos y, por cierto,

*no es suficiente a los fines de la vigorosa protección contenida en la Enmienda I. A diferencia de la mayoría, por lo tanto, voto por la revocatoria debido a que el Times y los individuos demandados tenían un derecho constitucional absoluto e incondicional de publicar en los avisos del Times sus críticas a los organismos y funcionarios de la ciudad de Montgomery”.*

Tras puntualizar los riesgos a que estaba expuesta la libertad de prensa, destacó que *“en Alabama hay 11 juicios por difamación pendientes, promovidos por funcionarios municipales y estatales contra el Times en los que se reclama un total de 5.600.000 dólares y 5 juicios similares contra la Columbia Broadcasting System que reclaman un total de 1.700.000 dólares. Por otra parte, esa técnica para hostigar y castigar a una prensa libre no se limita a casos con implicancias raciales, sino que puede usarse en otros campos donde los sentimientos públicos puedan convertir a los diarios locales o de otros estados en fácil presa de los buscadores de condenas por difamación. En mi opinión, la Constitución ha tratado esta amenaza mortal contra la prensa de la única manera posible para no dejarla desamparada frente a la destrucción: concediendo a la prensa una inmunidad absoluta para las críticas acerca de cómo los funcionarios cumplen con sus deberes públicos. Las medidas parciales como la que adopta la mayoría, son a mi juicio insuficientes”.*

Añadió que *“interpretaríamos más fielmente la Enmienda I sosteniendo que la misma, como mínimo, permite a los individuos y a la prensa criticar libremente a los funcionarios y discutir los asuntos públicos con impunidad. Esta Nación puede vivir en paz sin juicios por difamación basados en discusiones públicas acerca de asuntos y funcionarios públicos. Pero dudo que sea posible para un país vivir en libertad cuando puede hacerse sufrir física o económicamente al pueblo por criticar a su Gobierno, sus actos o sus funcionarios. Porque una democracia representativa deja de existir en el momento en que se absuelve, por cualquier medio, a los funcionarios públicos de la responsabilidad frente a sus mandantes, y esto sucede cada vez que puede impedirse a dichos mandantes pronunciar, escribir o publicar sus opiniones sobre cualquier medida pública o sobre la conducta de quienes la aconsejan o ejecutan. Un derecho incondicional de decir lo que a uno le agrada sobre los asuntos públicos es lo que yo considero la garantía mínima que establece la Enmienda I. Lamento que la mayoría no haya llegado a sostener esta tesis, indispensable para preservar de la destrucción a nuestra prensa libre”.*

Frente a la concepción conservadora de la mayoría de los integrantes del Superior Tribunal, el pensamiento de Black y Douglas refleja una postura liberal en orden, no solamente a la relación entre

el Estado y la prensa libre, sino a la relación entre la libertad de prensa y las restantes libertades del hombre cuando aquella se manifiesta en una dimensión institucional.

En efecto, mientras que en el voto de la mayoría se aceptaba la viabilidad de aplicar sanciones al autor de expresiones difamatorias para un funcionario público, siempre que se acreditara la inexactitud y la real malicia, en el voto de los jueces Black y Douglas la inmunidad para la libertad de expresión era absoluta y con prescindencia de la prueba de la verdad y de la real malicia.

Criterio similar al de estos dos últimos magistrados fue el que adoptó el juez Arthur Joseph Goldberg. Tras describir la conclusión a que había arribado la mayoría, Goldberg expresó que *"el impresionante despliegue de argumentos históricos y de precedentes contenidos en la opinión de la mayoría, confirma mi convicción de que la Constitución otorga a la prensa y a los ciudadanos una mayor protección para el ejercicio de su derecho de crítica pública que el que proporciona el principio sentado por la mayoría. En mi opinión, las Enmiendas I y XIV de la Constitución, acuerdan a la prensa y a los ciudadanos un privilegio absoluto e incondicional para criticar la conducta oficial, pese a los daños que puedan causar los excesos y abusos. El preciado derecho americano de decir lo que se piensa sobre los funcionarios y asuntos públicos requiere espacio vital para sobrevivir. Ese derecho no debe depender de una investigación a practicar por un jurado sobre los motivos de la prensa o del ciudadano. La teoría de nuestra Constitución es que cada ciudadano pueda decir lo que piensa y cada diario expresar su opinión sobre asuntos de interés público y no verse impedidos de hacerlo porque quienes controlan el Gobierno consideran que lo que se ha dicho o escrito es imprudente, injusto, falso o malicioso ... Si puede hacerse responsable de indemnización a los particulares por utilizar palabras fuertes, cuando un jurado las encuentre falsas y maliciosamente motivadas, poca duda hay de que la apología y el debate públicos se verán restringidos. Y si los diarios arriesgan incurrir en esa responsabilidad al publicar solicitadas referentes a cuestiones de interés público, tampoco puede dudarse de que la aptitud de los grupos minoritarios para asegurar la publicación de sus opiniones sobre tales cuestiones y buscar apoyo para sus causas, se verá considerablemente disminuida ... Imponer la responsabilidad por comentarios críticos a la conducta oficial, sean o no erróneos y aun dolosos, resucitará efectivamente la obsoleta doctrina de que los gobernados no deben criticar a sus gobernantes. Nuestra experiencia nacional nos enseña que la represión engendra el odio y que el odio amenaza la estabilidad de los gobiernos... Esto no significa que la Constitución proteja las declaraciones difamatorias que se dirijan contra la*

*conducta privada de un funcionario público o de un particular. La libertad de prensa y de expresión garantiza que el gobierno responderá a la voluntad del pueblo y que los cambios podrán ser obtenidos por medios pacíficos. La difamación puramente privada tiene poco que ver con los fines políticos de una sociedad que se autogobierna. La imposición de responsabilidad por la difamación privada no restringe la libertad de expresión pero ello no sucede cuando están implicados asuntos públicos o se hace referencia a funcionarios públicos. Una de las principales funciones de la Enmienda I es asegurar que el pueblo tenga una amplia oportunidad para determinar y resolver las cuestiones de orden público. Cuando esos asuntos públicos están en juego, las dudas deben resolverse a favor de la libertad de expresión más que en su contra".*

*Agregaba Goldberg que "Si el funcionario gubernamental debe ser inmune ante las acciones por difamación, de modo que su celo para servir al público no sufra menoscabo y no se inhiba la valiente, vigorosa y efectiva administración de la política gubernamental, también los particulares y la prensa deben gozar de similar inmunidad ante las acciones por difamación motivadas por sus críticas a la conducta oficial ... De todos modos, no obstante la posibilidad de que algunos excesos y abusos queden sin remedio debemos reconocer que el pueblo de esta Nación ha establecido a lo largo de su historia que, pese a la probabilidad de excesos y abusos, ciertas libertades son, en una visión a largo plazo, esenciales para la opinión ilustrada y la correcta conducta de los ciudadanos en una democracia. Por estas razones, creo firmemente que la Constitución acuerda a los ciudadanos y a la prensa una libertad incondicional para criticar la conducta oficial. Necesariamente se deduce de ello, que en un caso como el presente, donde todas las declaraciones pretendidamente difamatorias se relacionan con tal tipo de conducta, los fallos condenatorios por difamación son constitucionalmente insostenibles".*

En síntesis, y conforme al voto de la mayoría, para que un medio de prensa o un particular sea responsable jurídicamente con motivo del ejercicio de la libertad de expresión, cuando ella recae sobre el desempeño de sus funciones por un funcionario público, se requiere:

- 1) La prueba por el accionante de una manifestación difamatoria.
- 2) La prueba por el accionante sobre la inexactitud de la expresión.
- 3) La prueba por el accionante de que la emisión de la expresión fue hecha teniendo conocimiento de que era falsa (dolo directo) o con una temeraria despreocupación acerca de su ver-

dad o falsedad (dolo eventual), como expresión de una indiferencia egoísta sobre la producción del hecho lesivo. La prueba de una mera conducta culposa resulta insuficiente para afirmar aquella responsabilidad.

Por tal razón, el concepto de "*actual malice*" fue utilizado por la Suprema Corte con un significado totalmente distinto al emanado del *common law*. Abarca el dolo directo, pero excluye la simple negligencia o culpa, por más reprochable que pueda ser la conducta impregnada de esa negligencia o culpa.

Además, la temeraria despreocupación —"*reckless disregard*"— no define a una especie de "*culpa grave o gravísima*", sino al dolo eventual. Presupone la existencia de elementos objetivos que permiten acreditar que el autor, si bien no tenía conocimiento directo sobre la inexactitud de los datos aportados, era consciente de esa inexactitud por las circunstancias de hecho del caso concreto, y además disponía de los recursos que le permitían verificar, de manera inmediata y sin mayor esfuerzo alguno, aquella inexactitud. Sin embargo, a pesar de ese estado de conciencia y a pesar de contar con los medios idóneos para corroborar la información, prescinde de ellos y decide exteriorizar los datos obrando con "*reckless disregard*".

Tal fue el contenido asignado, en esa oportunidad, a la doctrina de la "*real malicia*". Además, si bien en el caso concreto su aplicación se limitaba a la hipótesis de expresiones vertidas sobre un funcionario público, en el voto de la mayoría se destacó, implícitamente, su proyección a los casos en que se debaten "*temas de gran preocupación e interés público*", "*cuestiones públicas*" y "*críticas al gobierno*".

En cambio, para la minoría representada por los jueces Black, Douglas y Goldberg, tratándose de expresiones vertidas sobre funcionarios públicos, o sobre temas institucionales o de interés público, la exención de responsabilidad jurídica para los medios de prensa y quienes ejercen la libertad de expresión debe ser absoluta, aunque se acredite la "*real malicia*".

Corresponde destacar que, tanto en la opinión de la mayoría, como de la minoría, la doctrina de la "*real malicia*" o la absoluta exención de responsabilidad, no se basaban sobre el *common law*, sino sobre los principios del derecho constitucional resultantes de las Enmiendas I y XIV de la Constitución, a los cuales debían adecuarse las normas emergentes del *common law* que regían en los estados de la Unión.

La génesis de la doctrina de la real malicia pone en evidencia que su contenido es esencialmente dinámico. Es una regla que oscila

entre el voto mayoritario expuesto en "*New York Times vs. Sullivan*", y el voto minoritario de los jueces Black, Douglas y Goldberg.

Por otra parte, si bien la formulación de la doctrina fue hecha en el marco de un proceso civil, su aplicación fue extendida inmediatamente a las causas penales.

En los casos "*Garrison vs. Louisiana*" (718) y "*Ashton vs. Kentucky*" (719), la Suprema Corte descalificó la validez constitucional de leyes locales que, con motivo de la tipificación objetiva y subjetiva atribuida a las figuras penales, impedían aplicar la doctrina de la real malicia. En el primero, la ley de Louisiana determinaba la responsabilidad por la emisión de afirmaciones inexactas sobre un funcionario público realizadas sin una creencia razonable acerca de su verdad. En el segundo, la ley de Kentucky definía al delito de libelo como todo escrito apto para producir disturbios, alterar la paz, corromper la moral pública, o generar actos socialmente indeseables. La Suprema Corte sostuvo que sólo el conocimiento fehaciente de la falsedad, o un estado de conciencia en el autor que le aseguraba esa falsedad sin intentar corroborar su presunción subjetiva, cuando estaban a su alcance los elementos a tal fin, tornaban viable una sanción civil o penal.

Más tarde, en el caso "*St. Amant vs. Thompson*" (720), la Suprema Corte aclaró que el concepto de "*reckless disregard*" no se acredita mediante la prueba de cierta negligencia sino de que el autor tuvo conciencia sobre la falsedad en la publicación. La regla impone el conocimiento de la falsedad —dolo directo— o la prueba de la "*reckless disregard*" sobre la falsedad del material publicado que, habiendo podido ser fácilmente confirmado, se optó voluntariamente por no hacerlo. Por tal razón, se entendió que no había dolo eventual cuando solamente se probaron omisiones que pudieron responder a un error, o cuando el acusado realizó una investigación elemental sin resultados satisfactorios (721).

De modo que, cualquiera sea la regulación normativa vigente en los Estados locales, ella debe permitir la aplicación del estándar de la real malicia, tanto en materia civil como en materia penal. Todo ello como consecuencia de la necesaria subordinación de las leyes de fondo que dicten esos Estados a los principios de las Enmiendas I y XIV de la Constitución americana. Tanto el derecho legislado local como el *common law* están subordinados a la letra y a los principios que emanan de la Constitución.

---

(718) 379 U.S. 64 de 1964.

(719) 384 U.S. 195 de 1966.

(720) 390 U.S. 727 de 1968.

(721) "*Beckley Newspapers vs. Hanks*" (389 U.S. 81 de 1967).

Cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos consagró la doctrina de la real malicia, una estricta interpretación de ella circunscribía su aplicación a los casos en que se vertían expresiones inexactas sobre funcionarios públicos y con motivo del ejercicio de sus cargos. Sin embargo, tanto en el voto de la mayoría como en el de la minoría, resultaba claro el trato preferencial que correspondía dispensar a la libertad de expresión cuando se relacionaba con materias de interés público y aunque involucraran a particulares.

La aplicación de la doctrina a los casos concernientes a funcionarios públicos generó la necesidad de precisar tal concepto. No había sido objeto de definición en los fallos de la Suprema Corte donde, la condición de funcionario público del demandante, era un hecho comprobado y ajeno al debate. Sin embargo, desde el presidente de la república hasta el más inferior en la escala jerárquica de los individuos que prestan servicios para el Estado y sus organismos son, en rigor, funcionarios públicos.

En "*New York Times vs. Sullivan*", la calificación fue aplicada a un comisionado policial. En "*Garrison vs. Louisiana*", a los magistrados judiciales. En este último caso se habían formulado graves imputaciones sobre la ineficiencia de los jueces; sobre el lapso prolongado que abarcaban sus períodos de vacaciones y licencias; sobre la reticencia a considerar debidamente las pruebas producidas en ciertas investigaciones; y hasta sobre la presunta complacencia y permeabilidad de los jueces a determinadas influencias. La Suprema Corte, al disponer la aplicación de la regla de la real malicia, consideró que toda crítica al desempeño de una función pública, como la judicial, necesariamente afectaba la vida privada de su titular, máxime cuando las críticas estaban relacionadas con su integridad y honestidad. Pero esa circunstancia en modo alguno justificaba apartarse de las reglas de la real malicia.

La necesidad de ofrecer una definición del concepto de funcionario público, para la aplicación de la real malicia, fue satisfecha por la Suprema Corte al resolver el caso "*Rosenblatt vs. Baer*" (722). Destacó el Tribunal que "*Hay, en primer lugar, un fuerte interés por el debate de los asuntos públicos y, en segundo lugar, un fuerte interés en el debate sobre las personas que están en una posición significativa para influir sobre las resoluciones que se adopten en tales asuntos públicos. La crítica al gobierno está en pleno centro de la razón constitucional que protege a la libertad de expresión. Por ende, la crítica de aquellos que son responsables por los actos del gobierno debe ser libre y despro-*

*vista de penalidades. Está claro que, la definición de funcionario público abarca a todos aquellos que, revistiendo la jerarquía de empleados gubernamentales, tienen o aparentan tener ante el público una responsabilidad sustancial en la determinación o control de las conductas y actos que se tomen en los asuntos de gobierno”, y que “el cargo en el gobierno debe tener, o aparentar tener, la importancia suficiente como para que el público se interese por el desempeño de ese funcionario, sin perjuicio del interés genérico del público en calificar la actuación de todos los empleados gubernamentales”.*

La definición es básicamente dinámica y está relacionada con las particularidades de cada caso concreto. No todos los empleados públicos son funcionarios públicos para la doctrina de la real malicia (723). Muchas personas que se desempeñan en los niveles técnicos más inferiores de la jerarquía burocrática pueden quedar excluidos de esa categoría en el caso concreto (724).

Pero cualquiera sea el nivel, todo empleado público puede llegar a ser un funcionario público cuando, en el caso concreto, dispone de un poder discrecional en materias de interés público, y sin que importe si se trata o no de cargos electivos. Así, han sido considerados funcionarios públicos por las particularidades de los hechos, los integrantes de la policía y asesores gubernamentales (725), los miembros de las legislaturas locales (726), los magistrados judiciales (727), y hasta los docentes de establecimientos educacionales debido a la función cívica que tienen en un gobierno representativo (728).

La aplicación de la regla de la real malicia fue objeto de una extensión analógica a quienes son o aspiran ser candidatos a cargos públicos electivos. En el caso *“Monitor Patriot Co. vs. Roy”* (729) la Corte sostuvo, con referencia a tales candidatos, que ellos presentan íntegramente sus vidas al público bajo un aspecto lo más favorable posible para sus propósitos, de modo que virtualmente se diluye toda distinción entre la vida pública y la privada. *“La principal actividad desplegada por un candidato en nuestro sistema político, tanto en*

---

(723) *“Hutchinson vs. Proxmire”* (443 U.S. 86 de 1979).

(724) John E. Nowak y Ronald D. Rotunda, *“Constitutional Law”*, p. 1095, West Publishing, Minnesota 1995.

(725) *“Henry vs. Collins”* (380 U.S. 356 de 1965); *“St. Amant vs. Thompson”* (390 U.S. 727 de 1968); *“Time vs. Pape”* (401 U.S. 279 de 1971).

(726) *“Greenbelt Cooperative vs. Bresler”* (398 U.S. 6 de 1970).

(727) *“Garrison vs. Louisiana”* (379 U.S. 64 de 1964).

(728) *“Ambach vs. Norwick”* (441 U.S. 68 de 1979); *“Mc Donald vs. Smith”* (472 U.S. 479 de 1985).

(729) 401 U.S. 265 de 1971.



*su discurso, como en la imagen que transmite, consiste en poner a disposición de los votantes todos los aspectos de su vida pública y de su vida privada, de una manera tal que estima apropiada para obtener el apoyo del electorado dejando una buena impresión. Un candidato que, por ejemplo, promociona su figura mediante la permanente exhibición de su esposa e hijos en ámbitos propios de la intimidad, difícilmente podrá argumentar que su calidad de esposo y de padre está reservada al espacio que constituye la vida privada que él se encargó de difundir. Asimismo, el candidato que promocionó los aspectos positivos de sus antecedentes que avalaban su integridad, mal puede agravarse cuando algún oponente o esforzado periodista se preocupan por demostrar lo contrario”.*

En una segunda etapa de su evolución dinámica, la regla de la real malicia fue extendida a los casos en que se suministraba información inexacta y agravante, no ya sobre funcionarios públicos sino sobre figuras públicas. En los casos *“Curtis Publishing Co. vs. Butts”* y *“Associated Press vs. Walker”* (730) que involucraban, respectivamente, a un famoso entrenador de football y a un prestigioso general retirado, la Suprema Corte resolvió aplicar la regla de la real malicia.

En el voto del juez Earl Warren, al cual adhirieron los jueces Brennan y Byron White, destacaron que la creación de esta nueva categoría de las figuras públicas obedecía a que muchos individuos, que no son funcionarios públicos, están estrechamente relacionados con la decisión de importantes temas de interés público sin que exista base legal o razón lógica para establecer una distinción con los funcionarios públicos a tenor de la Enmienda I de la Constitución. Añadió que también debían integrar la categoría de figuras públicas, asimiladas a los funcionarios públicos, todas aquellas personas que disfrutaban de un amplio prestigio, publicidad y fama en ciertas áreas cuando ellas, precisamente, eran objeto de debate e interés público en el caso concreto.

Considerando que la distinción entre funcionarios públicos y figuras públicas carecía de sustento racional a los fines de la aplicación de las reglas configurativas de la real malicia, la Suprema Corte sostuvo:

- 1) Si bien la figura pública es una especie jurídicamente independiente de la del funcionario público para caracterizar a las personas que forman parte de cada una de ellas, deben ser integradas para la aplicación de la doctrina de la real malicia por imposición de la Enmienda I de la Constitución.

- 2) Es figura pública aquella persona ampliamente conocida en la comunidad con motivo de sus logros, actos u opiniones y que, por tal razón, gravitan e influyen sobre los grupos sociales que, además de no permanecer insensibles frente a ellos, demandan el conocimiento de sus puntos de vista sobre una amplia gama de áreas sociales o temáticas.
- 3) También son figuras públicas aquellas personas que, si bien carecen de una fama generalizada como en el caso anterior, se involucran en una controversia de relevante interés público, adquiriendo el carácter de figura pública aunque limitado al tema objeto de dicha controversia y en el marco restrictivo de ella.

Si bien la aplicación de la doctrina de la real malicia se había concretado en casos cuyos protagonistas eran funcionarios públicos y figuras públicas, quedaba pendiente de decisión la viabilidad de aquélla respecto de particulares que no eran figuras públicas ni funcionarios públicos.

La solución del tema ya estaba esbozada tanto en el voto mayoritario como en el minoritario emitidos en "*New York Times vs. Sullivan*". En efecto, considerando la raíz constitucional que revestía aquella doctrina, su aplicación debía ser extendida a toda cuestión de interés público relevante o de interés institucional, con prescindencia de las características que podían reunir las personas relacionadas con ellos.

Tal fue el criterio adoptado por la Suprema Corte en el caso "*Time vs. Hill*" (731). En 1952, la familia Hill acaparó las noticias periodísticas de todo el país cuando, en su propia casa, sus integrantes fueron tomados como rehenes por tres convictos que habían escapado de la cárcel. El incidente inspiró obras teatrales y cinematográficas pero, en 1955, la revista *Life Magazine* publicó una síntesis de comentarios y fotografías con directa referencia al caso y alterando algunos aspectos del suceso. A través del voto del juez Brennan, la Suprema Corte expresó que la responsabilidad del medio de prensa estaba condicionada al cumplimiento de las condiciones impuestas por la doctrina de la real malicia. La garantía de la Enmienda I está destinada a beneficiar tanto a la prensa como a cada uno de los ciudadanos y que, su vigencia, imponía la asunción de un riesgo que es consecuencia de una vida en sociedad donde la publicidad con la libertad de expresión y de prensa tienen un valor preferente.

Para determinar la aplicación de la doctrina a casos no relacionados con funcionarios públicos o figuras públicas, la Suprema Corte consideró que correspondía verificar la medida en que los particulares estaban involucrados con temas de interés público, la forma en que se habían involucrado y si el ejercicio de la libertad de expresión se circunscribió al episodio que era objeto de interés público. La circunstancia de estar en juego el derecho a la intimidad de la familia Hill no fue obstáculo para aplicar la doctrina debido al interés público del tema y al carácter preferente de la libertad de prensa. Incluso, el juez Brennan destacó que *"No tenemos dudas acerca de que el contenido del artículo publicado por Life constituye una materia de interés público"* y que la distinción entre un artículo de información y un artículo de entretenimiento carece de toda relevancia a los fines de la libertad de prensa.

Cuatro años después, la Suprema Corte precisó la aplicación de la doctrina de la real malicia a cuestiones de interés público que involucran a particulares. Así, en el caso *"Rosenbloom vs. Metromedia"* (732), y por el voto de los jueces Brennan, Burger y Blackmun, el Tribunal decidió extender aquella doctrina a las demandas por difamación en casos concernientes a materias de relevante interés público o materias de orden institucional sin entrar a considerar si las personas involucradas eran figuras públicas o simples particulares. El juez Black coincidió con esa conclusión, pero señalando que la eximición de responsabilidad para los medios de prensa se extendía, inclusive, a los casos en que se probaba el conocimiento de la falsedad, criterio que era compartido por el juez Douglas.

Para el juez Black, la aplicación de la regla debía concretarse respecto de los actos oficiales realizados por los funcionarios públicos y, si ellos involucraban a simples particulares, estos últimos quedaban englobados en aquel contexto.

En este caso, Rosenbloom había sido detenido por la policía de Philadelphia por distribuir publicaciones que fueron consideradas obscenas. Se entendió que el tema de la obscenidad, por su relación con los valores morales de la sociedad, era una materia de interés público. Además, como en el procedimiento en el cual fue detenido Rosenbloom intervino la autoridad policial, éste quedaba involucrado en dicho tema de interés público con prescindencia de su efectiva participación en los hechos delictivos, debiendo ser juzgada la eventual responsabilidad de los medios de prensa a través de la doctrina de la real malicia. Además, no interesaba si el particular se ha-

bía involucrado voluntariamente, o involuntariamente, con el tema de interés público.

La extensión de la regla de la real malicia a los simples particulares fue precisada por la Suprema Corte en el caso "Gertz vs. Welch" (733).

Gertz era un abogado que fue contratado por la familia de una persona que había sido víctima de un homicidio perpetrado por un policía de Chicago. Este había sido condenado por homicidio y los familiares de la víctima decidieron promover una demanda resarcitoria con los servicios profesionales de Gertz. Una publicación, que respondía a la John Birch Society, atribuyó a Gertz antecedentes penales y haber sido afiliado al partido comunista. Gertz se consideró agraviado por dichos comentarios que calificó de falsos, promoviendo las correspondientes acciones resarcitorias y punitorias.

Al resolver el caso, la Suprema Corte brindó mayor precisión que en el caso Rosenbloom los presupuestos que tornaban viable la aplicación de las reglas de la real malicia.

Gertz era un conocido abogado local, un profesional que disfrutaba de un sólido prestigio en el limitado ámbito forense. Aceptó voluntariamente intervenir como abogado de una de las partes en un proceso que, por su contenido, sabía que iba a tener repercusión pública y difusión por los medios de prensa. Sin embargo, Gertz no era un funcionario público ni tampoco una figura pública conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte. No era una figura pública porque el conocimiento de su persona no se extendía a toda la comunidad, ni sus opiniones gravitaban sobre ella, ni tenían, en abstracto, interés para el hombre común. Tampoco era figura pública para el caso concreto, porque no había tenido intervención alguna en los hechos que motivaban el proceso judicial y que sí habían despertado el interés social.

A diferencia de Rosenbloom, Gertz no había sido protagonista del episodio central —homicidio de un particular por un funcionario policial— y, por ende, toda manifestación difamatoria respecto de su persona quedaba, en principio, exenta de las reglas de la real malicia y sujeta a las disposiciones del *common law*.

De todos modos, la Corte aplicó al caso ciertos principios de la real malicia. Así, con respecto a la acción resarcitoria, la Suprema Corte sostuvo que, tratándose de simples particulares relacionados con el caso central en la forma en que lo estaba Gertz, la Constitución no le impedía a los Estados locales determinar la responsabilidad de

quien emitía expresiones inexactas mediante la prueba de su simple negligencia o culpa. Sin embargo, si el reclamo no se limitaba a los daños resarcitorios sino que se extendía a un reclamo punitivo, era necesaria la prueba del dolo directo o eventual sin que se admitiera su presunción, y sin que fuera suficiente la acreditación de la simple culpa. Además, y en ambos supuestos, el demandante debía acreditar la falsedad de las expresiones que, objetivamente, eran agraviantes para su persona. De modo que, en estos aspectos, las reglas de la real malicia son aplicables aunque se trate de simples particulares (734).

En síntesis, los particulares que no son protagonistas de un hecho de relevancia social pueden demandar una indemnización por los perjuicios que les ocasione la publicación de datos falsos siempre que sean difamatorios y se acredite su falsedad. Cuando se reclaman resarcimientos de daños se requiere su prueba, la falsedad de la publicación y la del comportamiento, al menos negligente, de quien ejerce la libertad de expresión. Pero, si se pretende el resarcimiento o reclamo de daños punitivos, corresponde aplicar estrictamente las reglas configurativas de la real malicia.

En varias oportunidades, la Suprema Corte consideró inaplicables las reglas de la doctrina de la real malicia cuando las referencias agraviantes emitidas respecto de simples particulares carecían de relevancia institucional.

En el caso *"Time vs. Firestone"* (735), cuyo origen fueron las publicaciones referentes a los detalles que precipitaron el juicio de divorcio de Dorothy Firestone, la Suprema Corte sostuvo que ella no podía ser calificada como figura pública por la simple circunstancia de ser una personalidad vastamente conocida en el marco de la vida social de Palm Beach y de pertenecer a una familia que también era ampliamente conocida en ese círculo. Por otra parte, si bien el juicio de divorcio de una persona conocida en tales sectores de la sociedad podía ser un tema de interés público, carecía de relevancia institucional o de orden público. Por otra parte, Firestone jamás había pretendido dar a difusión pública los detalles particulares de ese proceso judicial al cual solamente estaba relacionada por la necesidad de defender sus derechos (736).

Sin embargo, en el caso *"Philadelphia Newspapers vs. Hepps"*, la Suprema Corte reiteró la necesidad de verificar, en cada caso con-

---

(734) NORMAN REDLICH, BERNARD SCHWARTZ y JOHN ATTANASIO, *Understanding Constitutional Law*, p. 360, Matthew Bender-Irving, New York 1995.

(735) 424 U.S. 448 de 1976.

(736) *"Dun Bradstreet vs. Greenmoss Builders"* (472 U.S. 749 de 1985).

creto, la naturaleza del tema debatido. Es que, si los temas son de interés público con connotaciones de carácter institucional y aunque no involucren a funcionarios públicos o figuras públicas, cabe aplicar la doctrina de la real malicia. Tal es lo que acontece si las imputaciones efectuadas a particulares se refieren a presuntas actividades destinadas a ejercer una influencia sobre las decisiones gubernamentales mediante el soborno o las amenazas físicas (737).

La Suprema Corte estableció que no cualquier manifestación de la libertad de prensa respecto de funcionarios públicos y figuras públicas quedaba sujeta a la regla de la real malicia. Es necesario, al menos, una mínima conexión con temas de índole institucional, o de relevante y justificado interés público. Pero también destacó que los términos agraviantes y decisivamente falsos debían poseer cierta cuota de credibilidad para el público si es que se pretendía concretar la responsabilidad y consecuente sanción para quien había ejercido la libertad de expresión respecto de figuras públicas.

Así, en el caso "*Hustler Magazine vs. Falwell*" (738), la demanda fue promovida por un conocido predicador evangelista, cuya actuación era difundida por la televisión, porque en una parodia se lo presentaba como adicto al consumo de bebidas alcohólicas y proclive a comportamientos inmorales con su madre. La Corte entendió, dado el carácter de figura pública de Falwell, que correspondía aplicar las reglas de la real malicia porque, si bien estaba probada la falsedad de las expresiones, la conducta del emisor carecía de dolo y de intención de agravio ya que, tratándose de una parodia, los hechos difundidos no eran razonablemente creíbles por el público.

Pero, si bien una parodia, por más agresiva que sea, no puede ser fuente de acciones resarcitorias o punitivas por estar desprovista de dolo y aptitud difamatoria, no acontece lo propio con aquellas opiniones que, en realidad, encubren la imputación de hechos falsos. Si las opiniones se traducen en la imputación de hechos y pueden ser razonablemente interpretadas de tal manera, su autor es responsable por las consecuencias que acarrea su conducta (739).

Asimismo, las alteraciones introducidas por un periodista en una publicación a las expresiones vertidas por el entrevistado no determinan su responsabilidad jurídica si, en definitiva, no modifican el sentido con que fueron emitidas. Pero, si modifican ese sentido con

---

(737) 475 U.S. 767 de 1986.

(738) 485 U.S. 46 de 1988.

(739) "*Milkovich vs. Lorain Journal*" (497 U.S. 1 de 1990).

un efecto agravante para el entrevistado, es aplicable la doctrina de la real malicia cuando el mismo es una figura pública (740).

La formulación de la doctrina de la real malicia, con las objeciones formuladas por los votos en disidencia expuestos en "*New York Times vs. Sullivan*", responde a un propósito de carácter político. El de forjar soluciones jurídicas que permitan brindar una particular protección al ejercicio de la libertad de expresión por cualquier individuo y, en particular, a la libertad de prensa, sin las cuales es inconcebible el normal desenvolvimiento de un sistema democrático constitucional. Sin esa protección es obvio que el poder de censura y de crítica se concentrará en el gobierno respecto de los individuos y no en el pueblo respecto del gobierno (741).

Son infinitas las libertades que disfrutan de protección constitucional y que merecen esa tutela. Pero no cabe duda que la vigencia de aquéllas depende del grado de protección que se dispensa a la libertad de prensa debido a su carácter estratégico. Por tal razón, la formulación de aquella doctrina presenta la ponderable virtud de establecer parámetros relativamente objetivos para medir la responsabilidad de los medios de prensa en el marco de una dimensión institucional y estratégica de la vida política democrática constitucional o, si se prefiere, en el ámbito del curso histórico del movimiento constitucionalista.

También es evidente que la doctrina, respondiendo a una concepción pragmática y dinámica, se extiende al ámbito de todas aquellas materias que integran el interés público de la ciudadanía el cual, muchas veces, involucra no solamente a funcionarios públicos y figuras públicas, sino también a simples particulares. Es, en cierto modo, uno de los riesgos que debemos asumir y consentir para preservar la democracia constitucional porque, lamentablemente, muchas veces las ofensas de tipo personal producen generalizaciones jurídicas que restringen la libertad de prensa en todos sus ámbitos. Tal circunstancia determina que la formulación de la doctrina de la real malicia no esté consolidada sino que, en función de aquella concepción dinámica, esté sujeta a un continuo proceso de revisión doctrinaria y jurisprudencial (742).

---

(740) "*Masson vs. New Yorker Magazine*" (501 U.S. 496 de 1991).

(741) GEOFFREY STONE, LOUIS SEIDMAN, CASS SUNSTEIN y MARK TUSHNET, *Constitutional Law*, p. 1203, Little, Brown and Co., Boston 1996.

(742) ARCHIBALD COX, *Freedom of Expression*, p. 17, Harvard University, Massachusetts 1980; BERNARD SCHWARTZ, *Decision*, p. 167, Oxford University, New York 1996; CASS SUNSTEIN, *Democracy and the problem of free speech*, p. 11, Macmillan Inc., New York 1993.

### 237. APLICACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

La doctrina de la real malicia reconoce su fuente en la Constitución de los Estados Unidos y no en el *common law*. Particularmente, en los principios contenidos en sus Enmiendas I y XIV. La primera, que es a su vez fuente del art. 32 de la Constitución Nacional, establece que el Poder Legislativo no puede sancionar leyes restrictivas para el ejercicio de la libertad de prensa y de expresión. La segunda dispone que los Estados locales no podrán dictar normas que limiten las prerrogativas o inmunidades que la Constitución reconoce a los ciudadanos, ni privar a una persona de sus libertades sin el debido proceso legal.

Como se advierte, y así lo destacó claramente la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso "*New York Times vs. Sullivan*", el origen de la doctrina no reside en el *common law*, sino en la Constitución. De modo que el contenido de ella no responde a una concepción "extranjerizante", sino a principios de derecho público legislado que fueron incorporados expresamente a la Constitución Nacional (743).

Su génesis constitucional avala la aplicabilidad de la doctrina en el sistema jurídico argentino que se nutre, a igual que la Constitución de los Estados Unidos, en los principios fundamentales del secular movimiento constitucionalista.

Con el propósito de establecer ciertos parámetros objetivos que permitan dilucidar la responsabilidad jurídica resultante del ejercicio de la libertad de prensa, tanto en materia civil como en materia penal, entendemos que ella está condicionada a los siguientes requisitos:

- 1) La prueba fehaciente por el accionante sobre el carácter agravante de las expresiones vertidas y el daño que ellas le ocasionan.
- 2) La prueba fehaciente por el accionante sobre la falsedad de las expresiones formuladas.
- 3) La prueba fehaciente por el accionante sobre el dolo real o eventual en la conducta del emisor de las expresiones. Se debe probar que conocía la falsedad de la información emitida, o la total despreocupación para verificar, de manera elemental, su falsedad o acierto cuando existen elementos de hecho suficientes que permiten presumir, razonablemente, que esa noticia carece de veracidad y el autor era consciente de esa falsedad.

---

(743) Conf. ENRIQUE BIANCHI y HERNÁN GULLCO en *La libertad de expresión y algunas doctrinas extranjerizantes*, Jurisprudencia Argentina 1994-II-839.



Estos principios son de rigurosa aplicación cuando se trata de manifestaciones que versan sobre funcionarios públicos, sobre figuras públicas, o sobre particulares involucrados, voluntaria o involuntariamente, en temas de interés institucional o en temas que revisten un relevante y justificado interés público.

La doctrina de la real malicia ha merecido, y merece, severos cuestionamientos en orden a su aplicación en el ámbito del ordenamiento jurídico argentino. Tales reparos comenzaron a ser esbozados hace, aproximadamente, veinte años cuando se incrementó la difusión de su significado, destacando la conveniencia de su aplicación para consolidar el ejercicio de la libertad de prensa en sus dimensiones institucional y estratégica.

Las observaciones formuladas a la doctrina de la real malicia, en algunos casos, están basadas sobre sólidos y razonables argumentos de tipo estrictamente jurídico. Pero, con cierta frecuencia, los reparos obedecen a concepciones meramente subjetivas, a preconcepciones de tipo ideológico o sobre el papel que desempeñarían los medios de prensa y, a veces, a consideraciones que ponen en evidencia un desconocimiento sobre los contenidos y alcances de la real malicia.

Entre estos últimos, incluimos aquellos que propician su rechazo por tratarse de una doctrina "foránea" o "extranjerizante". También, cuando se afirma que la real malicia fue gestada en el seno del *common law* británico y estadounidense, que son creaciones jurídicas totalmente extrañas a nuestro derecho continental y codificado.

La manifestación de nuestra doctrina judicial permite advertir la presencia de ciertos sectores que, sin perjuicio de invocar la doctrina de la real malicia, revelando cierto conocimiento sobre su contenido, son reacios a materializar su aplicación a los casos concretos sometidos a su consideración por la simple razón de tratarse de una doctrina foránea. Sin perjuicio de admitir la lucidez intelectual de sus representantes, esa resistencia, muchas veces, responde a esquemas dogmáticos de una concepción nacionalista propia de la década del treinta del siglo XX, o a un preconcepción ideológico que impide trasladar, al ámbito normativo argentino, concepciones del derecho constitucional anglosajón que, como es obvio, proyectan sus efectos sobre las materias reguladas por la legislación civil o penal reglamentaria. En cambio, no hacen lo propio cuando se trata de doctrinas jurídicas forjadas por la riqueza creativa que alberga la doctrina española, francesa o alemana.

Constituye un grave error atribuir una especie de "paternidad nacional" a las manifestaciones del pensamiento humano cuando

ellas, por su racionalidad, cobran vigencia universal. La obra de Miguel Ángel, Picasso o Pettoruti; de Vivaldi, Mozart, Beethoven o Ravel; de Aristóteles, Tomás de Aquino, Montesquieu, Locke o Marx; de Cervantes, Thomas Mann, Shakespeare o Borges; de Bryce, Savigny o Loewenstein, superan el marco mezquino de la nacionalidad para ser patrimonio de la humanidad. No es sensato que, su aceptación o rechazo, obedezcan a la nacionalidad del autor o de la comunidad nacional donde fueron forjadas tales obras. Lo propio acontece con las doctrinas jurídicas. Ellas podrán ser convenientes o inconvenientes en función de sus principios y adecuación a las soluciones propiciadas para remediar los problemas que se plantean, pero no descalificables por razón de su origen.

En otras oportunidades, los esquemas dogmáticos que conducen al rechazo de las reglas de la real malicia, se basan sobre una particular y autoritaria visión de los valores morales. Aspiran, con vehemencia e intolerancia, a ver expuesto en la sociedad, de manera permanente, un ejercicio decoroso, honesto, sano, veraz y digno de la libertad de prensa en función de los valores éticos que alberga quien propicia este punto de vista. Esa resistencia, en la práctica, constituye una disconformidad con el rol estratégico asignado a la libertad de expresión en un sistema democrático constitucional e, implícitamente, con el propio sistema político que, como toda obra humana, contiene múltiples virtudes y defectos.

Tampoco es razonable basar el rechazo de la doctrina de la real malicia porque su fundamentación reside en el *common law* anglosajón. Su fundamento no reside en el *common law*, como erróneamente señalan algunos autores, sino en el derecho constitucional legislado. Proviene de las Enmiendas I y XIV de la Constitución de los Estados Unidos, que son fuente directa del art. 32 de nuestra Ley Fundamental. Así lo entendió la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos cuando, en "*New York Times v. Sullivan*", declaró la invalidez, o inconstitucionalidad, de las normas del *common law* y de las leyes estatales basadas sobre ellas porque, precisamente, vulneraban el significado que, a la libertad de prensa y expresión, le habían asignado los constituyentes al introducir aquella Enmienda I.

En cuanto a los reparos jurídicos, quizás el autor que los expuso con mayor claridad, fue Jorge Bustamante Alsina (744). Entendía que

---

(744) *Efectos civiles del ejercicio ilegítimo de la libertad de prensa*, El Derecho 147-858; *El marco normativo dentro del cual debe ejercerse la libertad de prensa*, LA LEY, 1992-B, 848; *Nuestro derecho común interno frente a la doctrina jurisprudencial norteamericana de la actual malice*, LA LEY, 1997-A, 936.

la legislación argentina, condensada en los Códigos Civil y Penal, ofrecía una protección más amplia al ejercicio de la libertad de prensa que la resultante de aplicar la doctrina de la real malicia. Ese punto de vista lo compartimos parcialmente porque, en definitiva, Bustamante Alsina realizaba una comparación global entre el régimen legal estadounidense y el argentino.

Nosotros entendemos que, cuando la libertad de prensa se ejerce en una dimensión institucional o estratégica, corresponde la aplicación de las reglas de la real malicia porque, en tales hipótesis, ellas tienen sustento constitucional. Pero, cuando la libertad de expresión se manifiesta en una dimensión individual, cabe aplicar los principios del derecho común. Derecho común que no es el vigente en los Estados Unidos, sino el que emana de nuestros códigos Civil y Penal. En materia penal, una adecuada interpretación de las disposiciones que integran el Código Penal a la luz de los preceptos constitucionales, torna perfectamente aplicables las reglas de la real malicia (745). En especial, respecto de las figuras penales que protegen el honor de las personas, tales como los delitos de calumnias e injurias.

La calumnia, prevista en el art. 109 del Código Penal, consiste en la imputación dolosa a una persona de un delito que dé lugar a la acción pública. Su consumación requiere:

- 1) Atribuir a una persona, debidamente individualizada, la comisión de un delito concreto y determinado.
- 2) Quien pretende ejercer la acción por calumnias deberá probar que no fue condenada judicialmente por la comisión del hecho delictivo que se le imputa. Quien efectúa la imputación ejerciendo su libertad de expresión, no tiene a su cargo la prueba de la verdad, aunque ello no es óbice para que la produzca. Quien debe probar la inexactitud es el querellante.
- 3) La persona a la cual se le atribuye la comisión de un delito deberá probar que el emisor obró con dolo y con el deliberado propósito de lesionar su honor. Con pleno conocimiento de que su afirmación era falsa o que, teniendo conciencia de la inexactitud, se despreocupó temerariamente por verificar dicho extremo cuando sabía que tenía a su alcance los elementos suficientes a tal fin y sin necesidad de concretar una investigación relativamente exhaustiva. Pero, no habrá dolo si el emisor acredita que incurrió en un error excusable dadas

---

(745) Cfr. ENRIQUE BIANCHI y HERNÁN GULLCO, *El delito de injurias y la Constitución Nacional*, LA LEY, 1995-C, 1071.

las circunstancias particulares del caso o, inclusive, en una conducta negligente o culposa.

- 4) El hecho delictivo imputado falsamente y con dolo debe ser alguno de aquellos que den lugar a una acción pública. No habrá calumnia si se imputa a una persona la comisión de faltas o contravenciones o alguno de los delitos previstos en el art. 73 del Código Penal tales como, entre otros, las calumnias e injurias o el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar al cónyuge. Otro tanto si el delito imputado falsamente estuviera prescrito o se hubiera extinguido la acción penal; si se trata de un delito alcanzado por una amnistía o si el autor fue beneficiado con un indulto antes de la sentencia judicial. La imputación dolosa de tales hechos podrá dar lugar, eventualmente, a una acción por injurias pero no a una condena por calumnias.

Respecto del delito de calumnias, tal como está tipificado en el Código Penal, no existen reparos para aplicar las reglas de la real malicia, no solamente cuando la libertad de expresión se desenvuelve en una dimensión institucional o estratégica, sino también en una dimensión meramente individual.

Sin embargo, no acontece lo propio cuando nos enfrentamos con el delito de injurias previsto en el art. 110 del Código Penal. Establece que incurre en injuria quien deshonra o desacredita a otra persona lesionando su honor.

Para la consumación del delito se requiere:

- 1) La formulación de expresiones sobre una persona que sean, objetivamente, agraviantes y susceptibles de desacreditar la reputación del destinatario lesionando su honor.
- 2) La formulación de las expresiones debe ser realizada con dolo. El dolo, que debe ser probado por el querellante, reside en el conocimiento por parte del emisor del carácter lesivo de las expresiones y de su voluntad de manifestarlas. No se requiere la prueba sobre la presencia de un deliberado propósito de agraviar al querellante y de ocasionarle un daño a su honor.

En este marco sería aplicable la doctrina de la real malicia, pero el art. 111 del Código Penal establece una regla general: en materia de injurias el querellante no debe probar la falsedad de los hechos que se le atribuyen y, el querellado, no puede eximirse de responsabilidad probando la veracidad de sus afirmaciones. Sea falsa o verdadera la información aportada, el querellado incurrirá en responsabilidad penal si se prueba el carácter agravante de aquélla y su dolo.

Ese obstáculo resulta parcialmente superado en los tres incisos que integran esa norma penal. Establecen que el acusado quedará exento de pena si prueba la verdad de las imputaciones cuando:

- 1) La imputación se realice para defender o garantizar un interés público actual.
- 2) Si el hecho atribuido al ofendido hubiere dado lugar a un proceso penal.
- 3) Si el querellante requiere la prueba de la verdad.

En los dos primeros casos, podría funcionar la regla de la real malicia que condiciona la responsabilidad penal a la prueba de la falsedad. Otro tanto acontece con la causal de inimputabilidad que prevé el art. 34, inc. 4º, del Código Penal: obrar en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, como puede acontecer, en ciertos casos, con la libertad de prensa aunque, en esta hipótesis legal, la prueba de la verdad es irrelevante.

Pero, incluso cuando se acepta la prueba de la verdad, el régimen del Código Penal se aparta de la doctrina de la real malicia en la medida en que la prueba de la verdad está impuesta al acusado. No es el querellante quien debe probar la falsedad, sino que es el querellado quien debe acreditar la verdad.

Entendemos que, por vía jurisprudencial, esa situación podría ser alterada imponiendo, al querellante, la prueba de la inexactitud cuando se trata de un funcionario público o una figura pública involucrados, a igual que un particular, en temas de interés institucional o de relevante interés público. En los casos restantes, cuando la libertad de expresión se ejerce en una dimensión individual, donde no es aplicable la doctrina de la real malicia, regirían plenamente las disposiciones del Código Penal.

En síntesis, el legítimo interés del ofendido debe ceder ante el legítimo interés de la sociedad en materias institucionales o de relevancia pública imponiendo, en tales casos, la prueba de la falsedad a cargo del querellante respecto de los hechos que se le atribuyen o de los efectos que se les asignan. Importaría extender, a las injurias, el requisito impuesto para el delito de calumnias, aunque limitado a las hipótesis que configuran a la real malicia en cuanto a la calidad de las personas o temas difundidos.

Una situación similar se plantea en el marco de la legislación civil cuando, el ejercicio de la libertad de expresión, ocasiona un daño a los derechos patrimoniales o personalísimos de una persona.

Jorge Bustamante Alsina (746) sistematizaba los principios civiles aplicables para determinar la responsabilidad con motivo del ejercicio de la libertad de expresión, de la manera siguiente:

- 1) Quien ejerce el derecho de informar debe procurar ser veraz y no agraviar.
- 2) Conforme al art. 1109 del Código Civil, siempre es necesario probar la culpa o dolo de quien ejerce la libertad de expresión. En nuestra legislación, el ejercicio de ese derecho no acarrea responsabilidades objetivas y, en cada caso concreto, se impone la prueba del dolo o culpa del emisor.
- 3) El dolo y la culpa no se presumen, correspondiendo su prueba al demandante.
- 4) Conforme al art. 1071 del Código Civil, la libertad de expresión no puede ser ejercida en forma abusiva ocasionando daños innecesarios. Tal es lo que acontecería si se difunden hechos carentes de interés público, o que superen los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.
- 5) Según el art. 1071 bis del Código Civil, mediante la libertad de prensa no es lícito entrometerse arbitrariamente en la vida ajena ocasionando un daño. Admita que este principio debía ser atenuado cuando se trataba de *"personajes públicos que tienen una vida pública en el medio social en que actúan y dentro de ella existe un tácito consentimiento en exponerse a la información y a la crítica"*.

Sobre tal base, concluía afirmando que nuestra legislación civil ofrece mayor protección a la libertad de prensa que la doctrina de la real malicia. Esto era así porque, a su criterio, la doctrina de la real malicia impone excepcionalmente al demandante *"el deber de probar la malicia y la negligencia del órgano de información, presumiendo la legitimidad de ésta e invirtiendo la carga de la prueba, solamente cuando la información tiene trascendencia institucional por implicar una cuestión de interés público"*.

Considerábamos, y consideramos, que el prestigioso jurista había interpretado erróneamente la doctrina de la real malicia y su ámbito de aplicación. Sostenía *"que la cuestión de la responsabilidad de los órganos de prensa puede resolverse en nuestro ordenamiento legal, con la sola aplicación de sus principios según los cuales ni la culpa ni el dolo se presumen, y quien alega estos factores de imputabilidad debe demostrar "el dolo, la inexcusable negligencia de*

---

(746) Ver cita 726.

la prensa", que no es otra cosa que la doctrina de la real malicia de la que echa mano nuestra Corte. Además creemos que nuestro sistema legal de derecho común según el cual ni el dolo ni la culpa se presumen, es aplicable a todos los supuestos de informaciones inexactas, falsas o erróneas vertidas aun en ámbito privado, sin que corresponda favorecer excepcionalmente a la prensa (747), sólo cuando tales informaciones constituyen cuestiones públicas porque se refieren a hechos que involucran a funcionarios o figuras públicas...solamente en estos últimos casos se presumiría la legitimidad de lo publicado con la consiguiente inversión de la prueba".

El error residía en considerar que, en aquellos casos en que no se presentaban los presupuestos de aplicabilidad de la real malicia, se presumía la culpa o dolo del emisor. Además, en entender que el concepto de "*reckless disregard*", era sinónimo de culpa.

La real malicia, como doctrina que tiene jerarquía constitucional, sólo se aplica cuando se formulan agravios respecto de funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en temas de interés institucional o de relevante interés público. En los restantes casos, rigen las reglas del Código Civil, de manera que no se produce una inversión probatoria respecto del dolo o de la culpa porque, es cierto, siempre corresponderá al demandante probar su existencia.

Por otra parte, la real malicia impone al demandante probar la falsedad de las afirmaciones vertidas. Sin prueba fehaciente de la inexactitud no hay responsabilidad. En cambio, en la legislación civil argentina, puede haber responsabilidad aunque se exprese la verdad con referencia a las personas y materias que engloba aquella doctrina.

Finalmente, debemos recordar que, las reglas de la real malicia excluyen la culpa. Aunque se acredite una conducta culposa, no habrá responsabilidad. Se exige el dolo directo o "*reckless disregard*", como equivalente a nuestro concepto del dolo eventual.

Quienes propiciamos aplicar la doctrina de la real malicia limitamos su ámbito a determinadas materias y cuestiones. Al margen de ellas, corresponde aplicar el derecho común. Pero no el derecho común anglosajón resultante del *common law*, sino el derecho común establecido en nuestro Código Civil.

Similares son los errores en que incurren otros juristas. Así, Gerardo Ancarola entiende que la "*real malicia*" propiciaría, en el

---

(747) Recordemos que la real malicia se aplica al ejercicio de la libertad de expresión por cualquier persona y por cualquier medio.

ordenamiento jurídico argentino, una inversión de la carga de la prueba en cuanto al elemento subjetivo de la conducta, que colocaría en una situación desventajosa a los simples particulares (748). Pero, no es así. A los simples particulares no se les aplican las reglas de la real malicia, sino las del Código Civil que imponen la necesidad de la prueba, por el accionante, del dolo o culpa. Y, cuando se aplica la real malicia, no basta la prueba de la culpa, sino que se exige la del dolo directo o eventual. De manera que, si bien es cierto que la real malicia genera una inversión de la carga de la prueba respecto de las normas vigentes en el *common law* anglosajón, esto no acontece frente a nuestro derecho común.

El citado autor incurre en otra equivocación cuando destaca que no se advierte la inversión de la prueba que atribuye a la real malicia, al ser ella aplicada en las cuestiones penales sujetas a la legislación argentina. Cita como ejemplo los supuestos en que, el art. 111 del Código Penal, admite la prueba de la verdad por el querellado. Sin embargo, conforme a la real malicia, no es el querellado quien debe probar la verdad, sino que es el querellante quien debe probar la falsedad como presupuesto para una eventual condena penal y, además, claro está, el dolo del emisor (749).

La equivocación de estos prestigiosos juristas reside en confundir el *common law* anglosajón con el derecho común nacional. La doctrina de la real malicia no integra el *common law* sino que, por el contrario se impone frente al mismo. Por tal razón, la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró la inaplicabilidad del *common law* en aquellos temas donde cobra vigencia la real malicia. Si trasladamos estos conceptos a nuestro derecho interno, significa que, cuando no se aplica la real malicia, rigen plenamente las disposiciones de los códigos Civil y Penal, pero no el *common law* anglosajón.

Sintetizando, nuestra legislación civil no prevé dos componentes fundamentales de la doctrina de la real malicia. Uno de ellos es la prueba sobre la inexactitud manifestada mediante la libertad de expresión, que está a cargo del accionante. En cambio, en nuestra legislación civil y penal —con la salvedad de la calumnia— la prueba de la inexactitud es irrelevante. Se puede cometer el delito de injurias o un acto ilícito civil diciendo la verdad. El segundo, y con respecto a nuestra legislación civil, es que se debe probar el dolo directo o eventual del emisor, resultando insuficiente la prueba de la culpa.

---

(748) *¿Un retorno a las fuentes?*, El Derecho 154-959.

(749) *Algunas precisiones conceptuales*, El Derecho 170-438; *Libertad de prensa y responsabilidad de la prensa*, El Derecho 171-509.



Los principios que constituyen la doctrina de la real malicia se aplican a una situación debidamente demarcada que guarda relación con la esencia del sistema político. Quedan excluidos de su ámbito los individuos que no son funcionarios gubernamentales ni figuras públicas, y que tampoco pueden ser relacionados con temas institucionales o de relevante y justificado interés público. En este último caso, es viable aplicar los contenidos de las normas penales y civiles vigentes porque, el ejercicio de la libertad de expresión, se habrá concretado en una dimensión meramente individual.

La doctrina de la real malicia, sin perjuicio de la evolución constante que se opera en su contenido, presenta la ventaja de posibilitar el amplio desenvolvimiento de la libertad de prensa en sus dimensiones institucional y estratégica. No se trata de una formulación arbitraria destinada a provocar un privilegio para una libertad constitucional. Es una doctrina esencialmente coherente con los postulados de una democracia constitucional y que, por supuesto, no tendría asidero alguno en el marco de un sistema político autocrático donde, necesariamente, la libertad de prensa no puede tener carácter institucional ni estratégico.

El papel institucional que desempeña la prensa en un sistema democrático constitucional impone la necesidad de relativizar los derechos individuales lesionados con una publicación. Es cierto que la finalidad última de aquel sistema reside en la consagración de la libertad y dignidad del hombre. Pero también es cierto que para alcanzar semejante objetivo se han instrumentado una serie de técnicas y mecanismos sin cuyo funcionamiento dichos propósitos se tornan irrealizables.

Tal es lo que acontece con las instituciones políticas y los derechos políticos que contiene la Constitución Nacional como medios indispensables para establecer y consolidar el sistema en cuyo marco se concreta la libertad y dignidad del hombre. Por tal razón, las libertades individuales no son absolutas, no solamente para armonizarlas con las libertades de los demás, sino también para hacer posible el funcionamiento del sistema político.

### 238. LA REAL MALICIA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Fue en el caso "*Vago c. Ediciones La Urraca S.A.*", resuelto el 12 de junio de 1990 por la Sala A de la Cámara de Apelaciones en lo Civil donde, por primera vez, se destacó la aplicabilidad de las reglas sistematizadas por la Suprema Corte de los Estados Unidos cuando

se trata de la publicación de noticias referentes a temas de interés público, sobre funcionarios públicos o figuras públicas (750).

Los hechos generadores del caso consistieron en la amplia difusión pública que tuvieron los decretos 2049, 2052, 2069 y 2070 de octubre de 1985, así como también los fundamentos que les asignó el Gobierno Nacional, por los cuales se dispuso la detención de varias personas y la implantación del estado de sitio, a raíz del presunto accionar de ciertos grupos que, por las vías de hecho, habrían desencadenado la alarma pública y un estado de perturbación social. A ello se agregaron las imputaciones de delitos realizadas por el Ministerio del Interior que fueron ampliamente difundidas por los medios de prensa, en algunos casos objetivamente y, en otros, por la prensa de opinión que, según su valoración ideológica, minimizó los hechos o les asignó una relevancia mayor a la real.

En el voto de la jueza Ana María Luaces, al cual se adhirieron los jueces Jorge Escuti Pizarro y Hugo Molteni, se expresó que *"Cabría pues afirmar también en la especie, tal como se lo juzgara en los precedentes judiciales antes citados, que las opiniones o críticas cuando son dirigidas a una persona pública, no pueden ser livianamente cercenadas o dar origen al deber de indemnizar en tanto se refieren a la actividad pública que despliegan, aun cuando las expresiones empleadas o el estilo periodístico cáustico pudieren generar el disgusto del afectado. Tales criterios podrían conducir a neutralizar el valor de la libertad de prensa, salvo claro está cuando se incurriere en calumnias lo que aquí no sucedió"*.

Agregaba que *"Asimismo, la trascendencia que aquellos hechos revistieron para la vida de nuestras instituciones y la aparente gravedad de la situación que puso de manifiesto la declaración de estado de sitio, inducen a otorgar preferencia a la conveniencia pública de la discusión de las ideas y el conocimiento de la realidad frente a los intereses privados, aun cuando aquella envuelva comentarios que afectan a las personas individuales (de la obra de Cooley, y el caso "Atkinson v. Detroit Free Press", citados también por el doctor Lascano en Fallos: t. 269, p. 205). Como ya también lo cité, ... Sólo la libre discusión por la prensa, puede hacer formar el juicio ... sobre los hechos políticos que deban influir en la suerte de un país (Vélez Sarsfield, en la 6ta. sesión ordinaria de la Convención Constituyente de 1860)"*.

En la sentencia del tribunal se destacó que los hechos productores de la alarma pública y del estado de perturbación social no fueron gestados por los medios de prensa. Tampoco ellos fueron los

causantes del estado de sitio, de la detención de determinadas personas y de la imputación de graves y precisos hechos delictivos.

Asimismo, considerando el interés público comprometido y que la fuente de la información estaba concentrada en el Gobierno Nacional, la publicación de tales acontecimientos no podía conducir a calificar como dolosa o temeraria la conducta asumida por los medios de prensa que satisficieron la necesidad cívica de conocimiento existente en la comunidad.

Sobre tal base, y con singular claridad, el fallo rescató el rol institucional y estratégico de la libertad de prensa estableciendo genéricamente ciertas reglas objetivas que permiten visualizar, en cada caso concreto, la responsabilidad eventual de los medios de prensa. A través de la interpretación del fallo, tales reglas son:

- 1) La libertad de prensa ocupa un lugar excepcional en el sistema democrático contribuyendo decisivamente a la formación, información y orientación de la opinión pública.
- 2) La libertad de prensa incluye el derecho de dar y recibir información, especialmente sobre asuntos atinentes a la cosa pública o que tengan relevancia para el interés general.
- 3) La libertad de prensa no protege los abusos de expresión, pero ella engloba a las expresiones inexactas o falsas, cuya verificación acabada es innecesaria, cuando se refieren a figuras públicas y respecto de temas de relevancia institucional. Como excepción, esa tutela no se aplica si se prueba que el periodista tenía conciencia de la falsedad de la noticia y que su conducta estuvo impregnada de real malicia destinada a calumniar y difamar.
- 4) Cuando la fuente de información es el Gobierno Nacional no puede afirmarse que el medio de prensa pudiera suponer la falsedad de la información, máxime cuando la falsedad no ha sido demostrada. Las opiniones que, en tales casos, la prensa expone como propias, quedan sujetas al juicio de los destinatarios de la información que ejercerán su propia crítica.

Tras sostener que el silencio de la prensa o su retrainimiento hubieran causado efectos más perniciosos en la sociedad que un eventual abuso en la libertad de informar, el Tribunal destacó que la nota cuestionada contribuyó al aporte de datos que facilitaron la discusión y la información de la comunidad.

Los elementos básicos que tuvo en cuenta el Tribunal al pronunciar su sentencia residieron en el carácter de figura pública que tenía

el accionante y en el contenido institucional que tenían los hechos que servían de marco fáctico al proceso. Al no poder acreditar el accionante el dolo o despreocupación del medio de prensa por verificar la exactitud de la información aportada, la Cámara entendió que su petición resarcitoria no podía ser acogida.

El 19 de noviembre de 1991, la Corte Suprema de Justicia (751) ratificó la sentencia de la Cámara al rechazar el recurso de queja por denegación del extraordinario que había interpuesto el accionante.

En su voto los jueces Carlos Fayt y Rodolfo Barra destacaron que *"... el fundamento central utilizado por la Cámara para rechazar las pretensiones del actor consistió en que éste era una figura pública y, por lo tanto, le era necesario acreditar que los demandados habían publicado la información inexacta acerca de su persona a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia, requisito éste que, a juicio del a quo, no había sido satisfecho por el actor"*. A continuación, y tras describir el rol de la prensa libre en un sistema democrático constitucional, ambos magistrados desarrollaron la doctrina de la real malicia (considerandos 10, 11 y 12) y aplicaron sus principios para resolver el caso. Concluyeron destacando que *"... una detenida reflexión sobre los sentimientos de amor a la libertad que tiene nuestro pueblo y la convicción de que a partir de 1983 se ha iniciado en el país la etapa de la consolidación de la república democrática, conduce a la adopción, no dogmática, de técnicas de protección al derecho de prensa, reconociendo a las informaciones sobre cuestiones institucionales la presunción de legitimidad de lo publicado y la inversión de la prueba"*.

El 12 de noviembre de 1996, la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia aceptaron y aplicaron las reglas de la doctrina de la real malicia para resolver el caso *"Morales Solá"* (752). Al revocar la sentencia condenatoria aplicada a Joaquín Morales Solá en la instancia inferior y con motivo de la querrela por injurias promovida por Dante Giadone, la Corte destacó que tanto el recurrente como el a quo habían desarrollado sus argumentaciones a la luz de la doctrina de la real malicia. Sin embargo, las conclusiones de la sentencia condenatoria configuraban una afirmación dogmática en la medida que afirmaban la existencia de una conducta dolosa pese a la inexistencia de pruebas fehacientes sobre el particular.

Así, el juez Belluscio destacó que *"particularmente incompatibles con los principios constitucionales en materia de libertad de ex-*

(751) Fallos CS 314:1517; LA LEY, 1992-B, 367; DJ, 1992-2-89.

(752) Fallos CS 319:2741; LA LEY, 1996-E, 328; DJ, 1996-2-1232.

presión son las afirmaciones del tribunal a quo concernientes al dolo, que prescinden de la disposición subjetiva con la cual actuó el agente respecto de la información. En efecto, atribuir a Morales Solá el conocimiento de la falsedad de sus afirmaciones descalifica el fallo de cámara por apartamiento de las constancias comprobadas de la causa, de las que resultan indicios serios que sustentan la conclusión contraria". En el voto del juez Boggiano se expresó que "en el derecho argentino, la configuración de la real malicia presupone la demostración de que ha existido culpa en concreto, la que se verifica ante la comprobación del actuar desaprensivo que hace referencia la jurisprudencia citada. En el caso de la injuria, debe acreditarse que se incurrió en una conducta que, con arreglo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, tenga capacidad para lesionar la honra o el crédito ajeno. Si bien el standard atenuado de responsabilidad que corresponde en los casos en que el sujeto pasivo de la deshonra es un funcionario público (doctrina de Fallos 310:508, considerandos 10 a 13), pone a cargo de quien inicia una demanda o querrela la prueba conducente a esos fines, ello no obsta a que se permita al demandado o querrellado probar que de su parte no ha habido esa desaprensión", añadiendo que "atribuir a Morales Solá el conocimiento de la falsedad de sus afirmaciones descalifica el fallo de cámara por apartamiento de las constancias comprobadas de la causa, de las que resultan indicios serios que sustentan la conclusión contraria".

Por su parte, el juez Adolfo Vázquez sostuvo que "en casos como el presente, cuando existe un conflicto entre la libertad de expresión y lo atinente al derecho de la personalidad (como el honor, integridad moral, intimidación, imagen, prestigio, recato patrimonial, etc.) perteneciente a un individuo con dimensión pública, sea por el cargo que ocupa, la función que realiza o la actividad por la que se lo conoce, esta Corte ha adoptado —en línea hermenéutica semejante a la utilizada por otros tribunales constitucionales— el standard jurisprudencial creado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *New York Times Co. vs. Sullivan*". Agregó que "La atribución del conocimiento de la falsedad de la información al querrellado, basada en cuestiones dogmáticas, ajena a las constancias sumariales y fundada en una apreciación parcializada de la prueba, provoca una restricción a ese derecho, negando la posibilidad de brindar información sobre temas de interés público, lo que descalifica el fallo apelado".

El juez Fayt, al margen de cuestionar la idoneidad de la conducta imputada al querrellado para lesionar el honor del querellante, destacó que "la valoración de las circunstancias de hecho que el a quo formula es claramente contraria a esa doctrina, pues entiende configurada la real malicia a partir de una conclusión que —más allá de carecer de todo respaldo probatorio— es abiertamente insuficiente a

*ese fin, esto es, las serias dudas que el recurrente debía tener sobre la verdad de la afirmación. Ello es así porque, por un lado, tal doctrina exige que la condena al periodista se funde en la prueba a cargo del querellante 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 (Fallos 314:1517 antes citado), extremos claramente diversos de las serias dudas que sobre el punto pudiera tener el periodista”.*

A su vez, el juez Petracchi, al descalificar el fallo del a quo, señaló que *“La incompatibilidad de esta posición con los principios constitucionales en materia de libertad de expresión radica en que, si se acepta un concepto de dolo típico que se satisface con la mera conciencia del carácter ofensivo de los dichos (con independencia de que sean verdaderos o no), se torna entonces imperioso examinar—en el ámbito de las causas de justificación— la disposición subjetiva con la cual el agente actuó respecto de la información que luego se acreditó objetivamente no veraz. Esto es así, pues la tutela constitucional de la libertad de expresión no puede limitarse a las afirmaciones que —con posterioridad al hecho— son declaradas verdaderas por un órgano jurisdiccional, excluyendo de aquella protección a las que, aun no siendo ajustadas a la verdad, han sido emitidas —ex ante— en la creencia de serlo”.*

En el voto del juez Gustavo Bossert se destacó *“Que sin perjuicio de lo expresado, atento a los términos de los votos que se refieren a que basta en el delito de injurias con que el autor actúe con dolo, esto es conocer y tener voluntad de realización del tipo objetivo con prescindencia de la veracidad o falsedad de la afirmación —a pesar de que luego resuelve la cuestión a la luz de la teoría de la real malicia— corresponde señalar que esta Corte coincide con lo expresado por varias jurisdicciones constitucionales en el sentido de que la libertad de expresión no comprende tan sólo la tutela de las afirmaciones verdaderas, sino que se extiende a aquellas que, aun no correspondiéndose con la realidad, han sido emitidas de una forma tal que no merece un juicio de reproche suficiente; en tal sentido resultan invocables los conceptos expuestos por la Corte Norteamericana en ‘New York Times vs. Sullivan’”.*

Se trató de la primera vez en que la totalidad de los jueces de la Corte Suprema aceptaron la vigencia de la doctrina de la real malicia en el derecho argentino. Corolario de ella fue el pronunciamiento emitido por ese Alto Tribunal cuando, el 27 de diciembre de 1996, dejó sin efecto la sentencia dictada en el caso *“Ramos, Juan c. LR3 Radio Belgrano”* (753). Al revocar la sentencia civil condenatoria para

el periodista Eduardo García, destacó que eran aplicables al caso tanto las reglas de la doctrina "Campillay" como las de la real malicia. Con referencia a esta última señaló que *"La libertad de expresión no comprende tan solo la tutela de las afirmaciones verdaderas, sino que se extiende a aquellas que, aun no correspondiéndose con la realidad, han sido emitidas de una forma tal que no merece un juicio de reproche de suficiente entidad"*.

El caso "Pandolfi c. Rajneri" (754) se suscitó a raíz de una publicación efectuada en el diario "Río Negro". Su director, Julio Raúl Rajneri, que había tenido una destacada e importante actuación en la función gubernamental y en el ámbito político, publicó una nota formulando severas críticas por la presunta constatación de ciertos actos de corrupción a los cuales, implícitamente, se relacionaba a Oscar Pandolfi, quien revestía el carácter de presidente del partido Unión Cívica Radical en la provincia de Río Negro. Pandolfi promovió una querrela por injurias que, habiendo sido rechazada por la Cámara del Crimen provincial, fue luego revocada por el Superior Tribunal de dicha provincia. Consideró que, si bien una de las actividades principales desarrolladas por Rajneri era el periodismo, sus manifestaciones habían sido vertidas en su calidad de político. Por tanto, no se producía una eventual colisión entre el ejercicio de la libertad de prensa y el derecho al honor del ofendido. Tal circunstancia determinaba la rigurosa aplicación del art. 110 del Código Penal y, aunque la nota versara sobre un tema de interés público, correspondía condenar a Rajneri porque no había podido probar que Pandolfi estuviera relacionado con los actos de corrupción denunciados.

Al revocar la sentencia, los ministros Fayt, Boggiano, Petracchi y Bossert destacaron que la distinción realizada por el a quo entre un periodista y un político carecía de toda razonabilidad, porque el factor que se debía considerar era el ejercicio de la libertad de expresión. Libertad que puede ser desarrollada por cualquier persona, revista o no la calidad de periodista o político.

Los dos primeros expusieron que *"...se incorporó definitivamente —en forma pretoriana— la regla constitucional conocida como la "real malicia" a nuestro derecho. Con su aplicación se procura lograr un equilibrio razonable entre el ejercicio de la función institucional de la prensa en un régimen democrático y la protección de los derechos individuales que pudieran ser afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aun particulares intervinientes en cuestiones de interés público, objeto de la información o crónica. Esa doctrina se resume en la exculpación de los perio-*

---

(754) Fallos CS 320:1273 del 1° de julio de 1997; LA LEY, 1997-E, 636; DJ, 1997-3-162.

*distas 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”.*

Entendieron que, en el caso, la noticia versaba sobre un tema de trascendente interés público, alcanzando al querellante que era una personalidad pública dada su condición de legislador provincial y presidente local de un partido político. Sobre tal base, concluyeron que *“la cuestión sometida a la jurisdicción del Superior Tribunal de Río Negro no se centraba en el debate acerca de si el señor Pandolfi era titular o no de una sociedad controlante de otra que había obtenido créditos preferenciales de parte del banco de esa provincia —campo al que condujo la controversia el a quo al exigir como único modo de exculpación la producción de la exceptio veritatis— sino si existían elementos que —en una interpretación periodística bien intencionada— hubiesen podido justificar la publicación de la noticia por su trascendencia pública”.*

Los dos segundos, citando sus disidencias expuestas en un pronunciamiento anterior, señalaron que *“recientemente esta Corte ha ratificado la doctrina de que a los fines de condenar penalmente por un delito contra el honor al autor de una información que afecta el honor de un funcionario público, encontrándose involucrado un tema de interés general, no basta la acreditación del carácter no veraz de aquella sino que, además, era necesario —como requisito constitucional mínimo— determinar la disposición subjetiva con la cual el agente había actuado respecto de la información que luego se acreditó objetivamente no veraz”.* Agregaron que *“la Corte señaló que la tutela constitucional de la libertad de expresión no podía limitarse a las afirmaciones que —con posterioridad al hecho— eran declaradas verdaderas por un órgano jurisdiccional, excluyendo de aquella protección a las que, aún no siendo ajustadas a la verdad, habían sido emitidas —ex ante— en la creencia de serlo...Para el Tribunal tal comprensión restrictiva no era compatible con su doctrina y la de otras importantes jurisdicciones constitucionales, según la cual en los sectores donde lo público era prioritario —por la naturaleza de los temas expuestos y de las personas involucradas— era necesario privilegiar el debate libre y desinhibido, como modo de garantizar un elemento esencial en el sistema republicano democrático. Por tal razón, agregó la Corte, en ese ámbito la libertad de expresión no se agotaba en las meras afirmaciones verdaderas”.*



Al propiciar la revocación de la sentencia condenatoria, los ministros Petracchi y Bossert expresaron que: Pandolfi era un funcionario público; que el tema abordado en la publicación revestía indudable interés general; que la libertad constitucional de expresión se extiende a toda persona incluyendo tanto a los periodistas como a los políticos; que se había soslayado la circunstancia de que, Rajneri había realizado una *“tenaz tarea de investigación”*, pese a que no había podido probar la verdad de sus afirmaciones; y que se remitían al temperamento adoptado por la Corte Suprema al decidir el caso *“Morales Solá”*.

El ministro Belluscio, al votar por la revocatoria de la sentencia recurrida, señaló que, *“ante las expresiones constitucionalmente protegidas —juicios de valor u opiniones sobre la gestión pública, críticas sobre materias de interés público, informaciones y noticias sobre la administración de la cosa pública, etc.— los criterios judiciales deben ser particularmente estrictos para decidir si ha existido un delito de derecho común”*. Luego, se remitió al dictamen emitido por el Procurador General Ramón Lascano en el caso *“Moreno y Timerman”* (755) donde, por primera vez, fue citada la doctrina de la real malicia, para concluir que, en el caso concreto, no se había acreditado el dolo del accionado.

El 29 de septiembre de 1998, al decidir el caso *“Amarilla, Juan”* (756), los ministros de la Corte Suprema volvieron a analizar la doctrina de la real malicia.

En el diario *“El Comercial”* de la provincia de Formosa, dirigido por Juan Amarilla, se publicó una nota periodística indicando que, un ex ministro de la Provincia de Mendoza, había suscripto una contratación dudosa de varios millones de pesos por servicios de alimentación que debían ser prestados en algunos hospitales. La persona involucrada promovió una querrela por calumnias e injurias por considerar que la publicación afectaba su honor. En primera instancia, el magistrado interviniente, si bien consideró que los términos de la nota eran aptos para afectar el honor del querellante, absolvió a Amarilla aplicando las reglas de la real malicia. En la instancia superior provincial, el fallo fue revocado y se condenó a Amarilla por el delito de injurias.

Al propiciar la revocación de la sentencia, los ministros Moliné O'Connor y López consideraron que la distinción entre funcionarios y no funcionarios, con referencia a los actos de gobierno, estaba pre-

---

(755) Fallos CS 269:200.

(756) Fallos CS 321:2558; LA LEY, 1998-F, 118; DJ, 1999-2-105.

vista en el art. 111 del Código Penal, *"al suprimir la prohibición de la prueba de la verdad en el delito de injurias cuando la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantizar un interés público"*.

Afirmaron que, para descalificar la sentencia condenatoria, no era procedente acudir a la doctrina de la real malicia, porque la tipificación legal de los delitos contra el honor en el Código Penal ofrecía suficientes garantías a los imputados. En efecto, *"no podría sustentarse válidamente una condena basada en la acreditación de la responsabilidad a título de alguna de las formas de culpa"*. Sin embargo, el argumento no es consistente porque, en la real malicia, la acreditación de la culpa es insuficiente para atribuir esa responsabilidad. Se requiere la acreditación de una conducta dolosa directa o eventual. Además, corresponde al accionante probar la inexactitud de las afirmaciones del querellado y no, a este último, probar la veracidad de sus expresiones.

En cambio, los jueces Petracchi y Bossert, si bien reconocieron que la Corte Suprema había aplicado las reglas de la real malicia, entendieron que en el caso no era viable porque su vigencia se concreta respecto de la propalación de aseveraciones falsas o inexactas y no a los supuestos de expresión de ideas, opiniones y juicios de valor. En tales casos, *"el criterio de ponderación deberá estar dado, pues, por la ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes y que manifiestamente carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan"*. Añadieron que *"los escritos atribuidos al querellado contienen críticas, sin duda vehementes y quizá también agresivas, referidas a la realización de un acto de indudable interés público, pues no sólo aparece vinculado con la utilización del erario de la provincia sino, además, con la atención de los internados en hospitales provinciales. Dichas críticas están referidas a la legalidad del acto y a su oportunidad, sin que se haya hecho uso de ningún insulto o epíteto denigrante, por lo que carecen de idoneidad para generar responsabilidad jurídica por parte de su autor"*.

A similar conclusión arribó el ministro Belluscio. *"Que el estándar que surge de la doctrina de la real malicia, elaborada por la Suprema Corte de los Estados Unidos, sólo puede cobrar algún sentido cuando se trata del ejercicio del derecho de informar, esto es, cuando existen aseveraciones sobre circunstancias de las que se puede predicar la verdad o inexactitud. Sólo en ese contexto puede tener relevancia la actuación con conocimiento de la falsedad a la temeraria despreocupación respecto de la verdad o falsedad de la noticia. No sucede lo mismo con la crítica, las opiniones, los juicios de valor y las ideas"*. Sin embargo, consideramos que incurrió en el mismo error que los jueces Moliné O'Connor y López, al sostener que la real malicia acepta

una forma culposa de responsabilidad. En rigor, la aplicación de la real malicia presupone, tanto en materia penal como en la civil, la prueba fehaciente sobre la conducta dolosa del querellado o demandado. Ya sea el dolo directo o, en su defecto, una conducta que encuadre en el concepto de *"reckless disregard"*. Concepto este último cuyo significado no equivale al que le asignamos a la culpa simple o grave, sino al dolo eventual.

Por su parte, el ministro Fayt propició la revocación de la sentencia sobre la base de las reglas de la real malicia. Tras puntualizar que la Corte Suprema consagró la vigencia del *"estándar constitucional que se ha dado en llamar la doctrina de la real malicia"*, a partir del precedente registrado en Fallos 314:1517, señaló que su fundamento radica en la *"protección y fomento de la libertad de expresión referida a los asuntos de interés público. Se trata de una regla interpretativa que surge de los postulados de la democracia constitucional y que, por supuesto, no tendría sentido alguno en un sistema político autocrático donde la libertad de expresión y una de sus consecuencias directas, la libertad de prensa, no tienen ni pueden tener la función institucional o estratégica que esta Corte le ha reconocido"*. Concluyó expresando que *"el pronunciamiento impugnado tuvo por acreditada la responsabilidad del recurrente mediante la simple remisión a los dichos vertidos en sus notas, su conocimiento y voluntad de publicar la noticia, sin examinar si en el caso existió un elemento subjetivo... que excluya del ámbito de protección constitucional a la noticia difundida"*.

En igual sentido, reconociendo la vigencia de la real malicia, se pronunció el ministro Boggiano. Consideró que, en función de ella, no se había acreditado el elemento subjetivo que conforma el delito de injurias.

En numerosas oportunidades se acudió al análisis de la real malicia para decidir si era aplicable, o no, al caso concreto.

La Cámara Nacional en lo Civil, sala K, consideró que, tratándose de hechos vinculados con la actuación de la Policía Federal, resulta evidente el interés público, lo cual obliga al diario a poner de manifiesto los hechos ocurridos e incluso recordar hechos pasados de idéntica naturaleza para poner sobre aviso a la población sobre la comisión de tales delitos y tratar de evitar que ellos se repitan. En tal caso corresponde aplicar la real malicia que ampara la libertad de prensa aún en los supuestos de noticias inexactas. Por otra parte, si bien la doctrina de la real malicia se circunscribió en un principio a las noticias referidas a funcionarios públicos, la jurisprudencia posterior amplió el ámbito de su aplicación a los hombres públicos, in-

cluyendo incluso a simples particulares cuando se veían implicados en acontecimientos de grave repercusión pública (757).

La Cámara Nacional en lo Comercial, sala B, decidió que la doctrina de la real malicia resulta inaplicable cuando se trata de particulares que tienen proyección pública tan sólo por verse involucrados en forma involuntaria en asuntos de interés público (758).

La Corte Suprema de Justicia sostuvo que correspondía revocar una sentencia que había soslayado de considerar el caso a la luz de la doctrina de la real malicia invocada por la parte demandada (759).

También destacó el Alto Tribunal que, al haberse desestimado el carácter difamatorio de una nota periodística referente a una jueza, no correspondía examinar el caso a la luz de la doctrina de la real malicia invocada como defensa, habida cuenta que no se incurrió en una lesión al derecho a la intimidad de la accionante (760).

La Cámara Nacional en lo Civil, sala E, rechazó una demanda por daños y perjuicios promovida contra una empresa periodística que, en una de sus publicaciones, vinculó a un funcionario público con el tráfico de drogas y prácticas sexuales, porque no podía argumentarse que esa difusión hubiera excedido el ámbito de la intimidad del accionante desde el momento que tales hechos habían generado una causa judicial y cinco sumarios administrativos. El interés general, por el cargo desempeñado por el actor y la notoriedad que éste tenía al momento de los hechos, justificaba dar a conocer todo tipo de conducta que trascienda los límites de la privacidad (761).

La Cámara Nacional en lo Civil, sala M, aplicando la regla de la real malicia, manifestó que cuando una persona se incorpora a la arena política, realiza un acto voluntario por el cual se somete a la opinión, juicio, crítica, como también a la valoración de sus actos por los medios de prensa. Tal consentimiento, acarrea muchas veces el veredicto de la opinión pública que, en un país donde impera la libertad de prensa, puede ser legítimamente recogido por los periodistas (762).

---

(757) Sentencia del 30 de octubre de 2002 en el caso "B., D.J. c. Clarín", El Derecho, 28 de abril de 2003; DJ, 2003-2-326.

(758) Sentencia del 20 de noviembre de 2002 en el caso "GAF c. La Nación"; El Derecho, 25 de julio de 2003.

(759) Caso "Roviralta", Fallos CS 326:385.

(760) Caso "Baquero Lazcano", Fallos CS 326:4136.

(761) Sentencia del 22 de diciembre de 2003 en el caso "Spinosa Melo c. Mitre", LA LEY, 2004-C, 567.

(762) Sentencia del 20 de octubre de 2004 en el caso "Arjona c. Editorial Perfil"; LA LEY, 2005-B, 554.

La continuidad y uniformidad de los contenidos obrantes en estos fallos permiten vislumbrar la consolidación de la doctrina de la real malicia con el carácter de doctrina jurisprudencial fácticamente vinculante para los tribunales judiciales del país. Asimismo, corresponde tener presente que la aplicación de las reglas de dicha doctrina no conduce invariablemente a eximir de responsabilidad al periodista o al individuo que ejerce la libertad de expresión.

### 239. CRÍTICA A LOS MAGISTRADOS JUDICIALES

En un sistema político democrático constitucional, configura un grave error entender que los jueces no pueden ser objeto de críticas similares a las que se emiten respecto de los legisladores, el presidente, sus ministros o colaboradores. Pero, esta aseveración, en modo alguno significa desconocer, de manera absoluta, el derecho al honor, a la intimidad, a la privacidad o el derecho a la propia imagen que, en cierto grado, conservan los funcionarios gubernamentales, incluyendo a los jueces.

Según nuestra Constitución, el gobierno está integrado por tres órganos que ejercen el poder estatal. Uno de ellos es el Poder Judicial, al cual se encomienda ejercer la función jurisdiccional del Estado. Sus miembros, a igual que aquellos que integran los restantes órganos, son mandatarios del pueblo al cual deben rendir cuentas de sus actos quedando sujetos a las críticas y opiniones de los ciudadanos. Nadie está obligado a aceptar el cargo de juez, pero si lo hace debe saber que, en una república, además del honor del cargo asume la pesada carga que conlleva el mismo. Carga que consiste no sólo en ejercer su función jurisdiccional con probidad y de ajustarse a una conducta ejemplar en su vida pública y privada, sino también quedar expuesto a los juicios de valor que emitan los gobernados por más injustos que ellos puedan parecer.

Respondiendo a esta concepción, en el caso "*García Mutto*" (763), el Procurador General Ramón Lascano sostuvo que los funcionarios públicos pueden ser criticados libremente y, en función del interés común, están obligados a soportar apreciaciones intolerables en las relaciones entre particulares, aunque ello no conduce al extremo de negar, a sus derechos personalísimos, la protección que dispensa la ley. Compartiendo este punto de vista, y al decidir el caso, la Corte Suprema de Justicia resolvió que debía reputarse esencial al ejerci-

cio de la libre crítica de los funcionarios por razón de sus actos de gobierno, *"ya que ello hace a los fundamentos mismos del régimen republicano"*. Criterio reiterado en el caso *"Moreno y Timerman"* (764) donde, el Alto Tribunal, sostuvo categóricamente que *"ningún funcionario, ni siquiera los jueces, gozan del privilegio de estar exentos de la crítica"*.

En esta línea de pensamiento se enrola la doctrina expuesta por la Corte Suprema al decidir los casos *"Costa"* (765) y *"Triacca"* (766): la protección del honor de las personalidades públicas debe ser atenuada cuando se debaten temas institucionales o de interés público, en comparación con la que se ofrece a los simples particulares. Esto es así, porque semejante solución constituye una *"garantía esencial del sistema republicano"*.

Esta posición doctrinaria no solamente está arraigada en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema. El Consejo de la Magistratura, el 12 de agosto de 1999, al desestimar una petición formulada por el juez federal Luis Leiva con motivo de las críticas a su desempeño formuladas por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y el Dr. Jorge Rivarola, sostuvo, con la disidencia del consejero Claudio Kiper, que: *"cuando las opiniones versan sobre materias de interés público o sobre la gestión de quienes desempeñan funciones públicas como lo es, sin duda, la de administrar justicia, debe prevalecer el criterio común según el cual corresponde resguardar el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran materias de interés público, como garantía esencial del sistema republicano, en tanto, según se ha dicho, ningún funcionario, ni siquiera los jueces, gozan del privilegio de estar exentos de la crítica"*.

La necesidad de preservar y perfeccionar al Poder Judicial, impone como mínimo un deber de prudencia para los ciudadanos y periodistas que, muchas veces, son tan proclives a imputar conductas disvaliosas a los magistrados judiciales por el sólo hecho de no compartir sus sentencias. Tales conductas, en definitiva, desjerarquizan la imagen de los jueces ante los grupos sociales de opinión pública. Especialmente es un deber para los abogados en su condición de auxiliares del Poder Judicial.

En modo alguno propiciamos el cercenamiento o punición de tales críticas por más erróneas que ellas sean, ya que la vehemencia, la justa indignación, no están refidas con la medida. Es que, como lo desta-

---

(764) Fallos CS 269:200.

(765) Fallos CS 310:508.

(766) Fallos CS 316:2417.

có el juez Alberto Millán al emitir su voto en el caso "Elnecavé" (767): *"La salud de las instituciones se preserva mejor e incuestionablemente con más justicia esclareciendo lo que es moral o jurídicamente perjudicial que silenciándolo, caiga quien caiga. Los falsos prestigios son más dañinos que el escándalo y que los sacrificios dolorosos"*.

Pero, cuando ellas superan los límites de la razonabilidad republicana y cuando son expuestas con falsedad o con manifiesta negligencia fruto de una injustificada ignorancia, proyectándose directamente sobre los derechos personalísimos de un funcionario, con la consiguiente producción de una lesión arbitraria a los mismos, la situación varía.

Tal fue el criterio adoptado por el voto de la mayoría de los jueces de la Corte Suprema de Justicia al resolver, el 17 de febrero de 2004, el caso "Lescano c. Hardy" haciendo lugar al recurso de queja interpuesto por el actor, declarando procedente el recurso extraordinario y dejando sin efecto la sentencia apelada (768).

Del contenido de la sentencia y dictamen del Procurador General resulta que, una de las salas del fuero laboral, resolvió un caso apartándose de la doctrina impuesta por un fallo plenario pero adecuándose al contenido de un pronunciamiento de la Corte Suprema que alteraba el contenido del mismo.

Contra esa sentencia, el demandado interpuso un recurso de inaplicabilidad de ley, aunque se abstuvo de plantear el recurso extraordinario. Aquella apelación, fue desestimada por otra de las salas de la Cámara Nacional del Trabajo.

Asimismo, el demandado, que es abogado, consideró que los jueces del tribunal habían incurrido en el delito de prevaricato por apartarse de la doctrina del fallo plenario y promovió una querrela penal, que fue desestimada en tres instancias.

Uno de los jueces querrellados promovió contra el demandado una acción resarcitoria del daño moral por considerar que la conducta del querellante había lesionado su honor ocasionándole un perjuicio.

---

(767) Jurisprudencia Argentina 17-1973-297.

(768) Fallos CS 327:183. La mayoría la conformaron los jueces Augusto Belluscio y Adolfo Vázquez con los conjuces Román Frondizi, Jorge Ferro y Javier Leal de Ibarra. Enrique Petracchi compartió el dictamen del Procurador General considerando que se trataba de una cuestión de hecho, prueba y derecho común, ajena en principio al recurso federal y Juan Carlos Maqueda entendió que el recurso era inadmisibile conforme al art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial.

La demanda prosperó en primera instancia, pero fue revocada por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Entendió que la conducta del demandado, con motivo de la querrela que promovió, no era temeraria ni mal intencionada porque se trataba de una cuestión opinable. Además, sostuvo que, para un juez, nada era más saludable que se investigara la posible comisión del delito de prevaricato y que, su mejor recompensa, residía en la sentencia penal que, al desestimar la querrela, dejaba a salvo sus *"óptimas e indudables condiciones morales"*.

Al revocar la sentencia, la Corte Suprema no compartió el criterio expuesto por el a quo en orden a que no se había acreditado que la culpa del demandado era grave o grosera, y que no cabía requerirle una exhaustiva investigación o una diligencia mayor a la que, normalmente, corresponde exigir cuando se trata de esclarecer un presunto hecho delictivo.

En el voto de la mayoría se destacó que, si bien las críticas al ejercicio de la función pública no pueden ser sancionadas aunque se manifiesten en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros e irritantes, *"no puede exigirse a los magistrados que soporten estoicamente cualquier afrenta a su honor sin poder reclamar la reparación del daño injustamente sufrido, máxime cuando se le ha atribuido la comisión de un delito doloso que .... tuvo amplia cobertura periodística y difusión en los círculos familiar, social y académico en que actuaba el demandante"*. A su vez, en el voto del ministro Augusto Belluscio y el conjuez Javier Leal de Ibarra, se puntualizó que, si bien la Corte ha tutelado toda forma de crítica al ejercicio de la función pública, *"de ello no cabe derivar la impunidad de quienes, por su profesión y experiencia, han obrado excediendo el marco propio del ejercicio regular de los derechos de petición y crítica"*, añadiendo que *"no puede exigirse a los magistrados que soporten estoicamente cualquier afrenta a su honor sin poder reclamar la reparación del daño injustamente sufrido"*.

Esta solución, por demás razonable, se aproxima a la fundamentación que brindó el Alto Tribunal en el caso *"Beveraggi Allende"* (769). Al rechazar el pedido de enjuiciamiento de cinco jueces, aplicó una multa al peticionario porque su reclamo carecía *"de la elemental circunspección que es dable exigir para formular una denuncia contra jueces, con el agregado del agravio que importa la imputación, como cargo, de un delito"*.

Los antecedentes del caso, a mi entender, justificaban plenamente la decisión del Alto Tribunal. Sin embargo, bien se pudo haber fija-



do un parámetro relativamente objetivo para indicar cuál es el límite para la protección atenuada del honor de los funcionarios públicos.

Es evidente que el demandado, al promover la querrela penal contra el accionante, ejerció el derecho de petición a través del ejercicio de la libertad de expresión. Tal circunstancia, permite analizar el caso a través de la aplicación del standard de la "*real malicia*". Regla forjada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "*New York Times v. Sullivan*" (770), y cuya extensión se aceptó expresamente cuando el agravio recae sobre un magistrado judicial (771).

Dicha regla, en salvaguarda del debate abierto que se debe respetar en una democracia constitucional, establece que la responsabilidad del autor del agravio está condicionada a la prueba de la inexactitud del cargo que le formula a un funcionario público, y a la prueba del dolo directo del autor, o de su temeraria despreocupación acerca de la verdad o inexactitud de sus expresiones, como muestra de una indiferencia egoísta sobre la producción de un hecho cuyo carácter lesivo se conoce, y pese a estar a su alcance inmediato elementos suficientes que le permiten, razonablemente, desvirtuar o poner en duda la verosimilitud de sus aseveraciones (*reckless disregard*).

El primer requisito, la inexactitud del cargo —imputación del delito de prevaricato mediante una querrela penal—, quedó plenamente acreditado con la sentencia definitiva dictada en la causa penal. En tres instancias se negó la comisión del hecho delictivo.

En cuanto al requisito subjetivo, en la sentencia de la Corte Suprema se citan diversos hechos y circunstancias que permiten sostener la responsabilidad jurídica del demandado por haber lesionado el honor del demandante.

La imputación efectuada por el demandado fue sumamente delicada. Le atribuyó al juez la comisión del delito de prevaricato. De una conducta dolosa en el ejercicio de la función jurisdiccional, que descalifica al imputado para desempeñar su cargo. Le asigna una absoluta falta de idoneidad ética y jurídica para ser juez. Es, desde el punto de vista funcional, una de las más graves acusaciones que se le pueden formular a un magistrado judicial.

El querellante, por ser abogado, no podía desconocer ese hecho. Tampoco que, con motivo de su querrela, se cuestionaba el honor del juez.

---

(770) 376 US 255 de 1964.

(771) "*Garrison v. Louisiana*" (379 US 64 de 1964).

También, por ser abogado, no podía desconocer la inconsistencia jurídica de su imputación. Imputación que no se tradujo en una simple denuncia penal requiriendo la investigación del presunto hecho delictivo, sino en una querrela penal mantenida a lo largo de tres instancias.

Por otra parte, el querellante tenía a su alcance los medios que le permitirían verificar la irrazonabilidad de su punto de vista. Contra el fallo de su desagrado, pudo plantear un recurso extraordinario ante la Corte Suprema, pero no lo hizo. Se limitó a interponer un recurso de inaplicabilidad de ley que fue rechazado por otra de las salas del Tribunal recurrido. Era una señal de alerta que debió ponderar debidamente, pero no lo hizo.

El querellante, como abogado, no podía desconocer la existencia de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que se apartaba de la línea doctrinaria establecida en un fallo plenario. Si bien es cierto que la ley procesal dispone la obligatoriedad de los fallos plenarios y que su contenido solamente puede ser modificado mediante una nueva sentencia plenaria, no se trata de un principio absoluto. La Corte Suprema puede dejar sin efecto, para el caso concreto, un fallo plenario y, también, en forma indirecta alterando sus principios. En su carácter de intérprete final de la Constitución y de las leyes, su labor jurisdiccional en tal dirección —control de constitucionalidad— no puede ser desconocido por una norma procesal (772).

El criterio esquemático sobre el cual basó su postura el demandado al promover la querrela es insostenible jurídicamente. Si la Corte Suprema de Justicia, a través de sus sentencias, impone un punto de vista diferente al resultante de un fallo plenario, y aunque no se hubiera cuestionado explícitamente su validez, el juez está habilitado para apartarse de la doctrina plenaria porque, en el marco de un razonable orden jerárquico, la interpretación de la ley efectuada por el Alto Tribunal se impone a la interpretación que pudo haber efectuado un tribunal inferior, inclusive a través de un fallo plenario. Máxime recordando que la Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que los jueces deberían ajustarse a sus precedentes por una razón de seguridad jurídica, a menos que se aporten argumentos novedosos que justifiquen racionalmente el apartamiento de ellos y sin perjuicio de dejar a salvo su propio pensamiento (773).

---

(772) Conf. OSVALDO A. GOZÁNI, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. II, p. 119, Ed. La Ley, Buenos Aires 2002; JORGE L. KIELMANOVICH, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. I, p. 460, Lexis Nexis, Buenos Aires 2003.

(773) Fallos CS 304:1459; 307:1094, entre otros.

Bidart Campos, citado en la sentencia que se comenta, destaca: *"El acatamiento a la jurisprudencia de la Corte obliga a que, en la primera oportunidad procesal posible, el tribunal que ha dictado un plenario lo deje sin efecto o lo modifique cuando, respecto de él o de una sentencia posterior dictada en su aplicación, la Corte en instancia extraordinaria sienta una interpretación opuesta o distinta"* (774). Compartimos tan calificada opinión, y añadimos que ello no es óbice para que también lo haga un juez inferior al decidir un caso concreto, antes que el tribunal resuelva modificar o dejar sin efecto su doctrina plenaria. Caso contrario, nos estaremos ajustando a un pueril ritualismo restringiendo indebidamente la potestad jurisdiccional que la Constitución confiere a todos los magistrados judiciales.

Considerando los antecedentes del caso, ¿se puede justificar la conducta de un abogado que querrela penalmente a un juez por el delito de prevaricato debido a su apartamiento de un fallo plenario y su acatamiento a principios expuestos por la Corte Suprema que alteran el contenido de ese fallo? Entendemos que no.

Resulta claro que el demandado debía tener plena conciencia que su querrela podía afectar el honor de un juez. Habría previsto ese resultado como posible sin que, tal circunstancia, lo hiciera desistir de su acción. Además, conocía y tenía a su alcance inmediato el material más que suficiente para reflexionar constatando que su postura no era atinada. En definitiva, habría prevalecido una *"egoísta indiferencia"*, fruto de un exceso de pasión, ante el hecho ilícito que el autor preveía como posible (775). Tal situación, conforme al estándar de la *"real malicia"*, permitiría sostener que su conducta estuvo determinada por el dolo eventual que configura la *"reckless disregard"*. Es que, conforme a esos antecedentes se aprecia que el demandado, como toda persona habilitada para ejercer el arte de abogar, debía tener conciencia sobre la inconsistencia jurídica de su querrela —no cabe presumir que los jueces incurran en un delito doloso al ejercer su función jurisdiccional— y que las dudas que podían albergar en su pensamiento, eran fácilmente disipables.

En síntesis, y sin perjuicio de compartir los votos de los jueces integrantes de la Corte Suprema de Justicia que reivindicaron el honor de un magistrado judicial, injustamente mancillado, entendemos que las reglas de la *"real malicia"* constituyen una herramienta sumamente útil para fijar el límite hasta el cual se debe atenuar la

---

(774) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II, p. 371, Ediar, Buenos Aires 1986.

(775) SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. II, p. 150 y sig., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1992.

protección de los derechos personalísimos de los funcionarios públicos.

Tal fue el criterio adoptado por la Cámara Nacional de Apelaciones, sala L, al decidir el caso "*Oyharbide*" (776). Por el voto del juez Emilio Pascual, al cual se adhirió su colega Judith Lozano, revocó la sentencia de primera instancia que había condenado a una periodista y al Canal 13 de televisión al pago de una indemnización a un magistrado judicial como indemnización de daño moral.

La periodista, sobre la base del relato realizado por un tercero, expresó que el accionante "*tenía una mariposa estampada en su cuerpo y que, además, se hizo un tatuaje en la cola*". El tribunal de alzada entendió que el demandante era una figura pública, no solamente por su notorio desempeño como juez de la Nación, sino también por haber quedado involucrado en un episodio de relevante interés público con motivo de la difusión de un video en el cual aparecía, supuestamente, manteniendo relaciones íntimas con un taxi boy en un prostíbulo que regenteaba aquel tercero quien había reconocido que su actividad principal era la de proxeneta, y el actor había admitido públicamente que lo unía, con ese tercero, una relación de amistad.

El episodio, en su momento, generó severas críticas emitidas por diversas asociaciones de abogados, y hasta el sometimiento del accionante a un juicio político demandando su remoción del cargo de juez.

La Cámara decidió que, dadas las particulares características del caso, debía ser resuelto conforme a las reglas de la real malicia. Ello era así, porque la información periodística había recaído sobre un integrante de uno de los órganos gubernamentales, y se relacionó con la exposición pública que tuvo, con la consecuente menor protección que cabe dispensar a su derecho a la vida privada. Añadió que, como no se había demostrado por el afectado que quien emitió las expresiones conocía la inexactitud de ellas y que había obrado con real malicia, la demanda resultaba improcedente.

## 240. PUBLICIDAD COMERCIAL

La publicidad comercial, en su relación con la libertad de prensa, consiste en la transmisión de expresiones —hechos u opiniones— que se traducen en ofertas públicas realizadas a través de los medios

---

(776) Sentencia del 7 de febrero de 2005; LA LEY, 15 de abril de 2005.

técnicos de comunicación social, con el propósito de concretar, de manera directa o indirecta, transacciones comerciales. La publicidad consiste en difundir, y el carácter comercial destaca la presencia de una invitación realizada para efectuar una transacción aunque no se trate, rigurosamente, de un acto de comercio definido por el art. 8° del Código de Comercio, en particular, o por el derecho mercantil, en general.

Cualquier mensaje emitido por los medios técnicos de comunicación social, con el objeto de promocionar un producto o un servicio de cualquier índole, queda englobado en la categoría de la publicidad comercial si, en última instancia, procura atraer el interés de las personas para inducirlas a concertar la adquisición de ese producto o la prestación del servicio.

Estas definiciones pueden resultar insatisfactorias o insuficientes (777). Algunas modalidades de la publicidad comercial pueden quedar excluidas de ellas y, en cierto modo, no resulta razonable dispensarle un tratamiento jurídico sustancialmente diferente al asignado a la publicidad no comercial. Sin embargo, lo cierto es que la publicidad comercial queda englobada en el concepto de la libertad de expresión, y cuando se materializa por vía de un medio técnico de comunicación social no existe razón jurídica o lógica valedera para excluirla del concepto abarcativo de la libertad de prensa. De modo que, quizás, lo más atinado consista en dejar librada su tipificación a los criterios esencialmente dinámicos del sentido común (778).

Como toda publicidad comercial es, en definitiva, una acción de propaganda cuyo propósito es el de inducir comportamientos humanos con metas de índole económica. Mediante el auxilio de la técnica y del arte se exteriorizan pensamientos que procuran privar a los individuos y grupos sociales de la necesidad de verificar un análisis personal sobre las cualidades de los bienes o servicios ofrecidos.

La publicidad comercial, como especie de publicidad, siempre ha estado sujeta a una rigurosa regulación legislativa, particularmente cuando su emisión se concreta mediante la radio y la televisión. Ello se debe, sustancialmente, a que su análisis se realiza mediante

---

(777) Celeste Gay Fuentes cita las diversas Directivas emanadas de la Comunidad Económica Europea que procuran armonizar las numerosas disposiciones estatales definitorias del concepto de publicidad comercial (CELESTE GAY FUENTES, *La televisión ante el Derecho internacional y comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 216 y sigtes.).

(778) Tal fue el criterio sugerido por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso "*Ohralik v. Ohio State Bar*" (436 US 447 de 1978).

la estricta aplicación de un enfoque económico crítico de la actividad privada. Su contenido se relaciona, casi exclusivamente, con la idea del lucro a la cual se le atribuye una valoración peyorativa, sin advertir que la casi totalidad de las actividades humanas contienen, explícita o implícitamente, una finalidad lucrativa.

Sin embargo, la publicidad comercial es una manifestación del pensamiento humano que, como tal, por ser fruto de la creatividad del hombre, merece el reconocimiento y la tutela normativa. Porque, al margen de la finalidad específica que tiene su emisor, satisface el derecho a la información de las personas y puede ser sumamente útil para garantizar el derecho del consumidor que regula el art. 42 de la Constitución Nacional. Esa norma, entre otros contenidos, reconoce a los consumidores y usuarios el derecho a una información adecuada y veraz para el ejercicio de la libertad de elección bajo condiciones de trato equitativo y digno.

La extensión de los principios rectores de la libertad de prensa a la publicidad comercial fue afirmada en reiteradas oportunidades por la Suprema Corte de los Estados Unidos.

En "*Bigelow v. Virginia*" (779), declaró la inconstitucionalidad de una ley estadual que prohibía la publicación de avisos que facilitaran el acceso al aborto. La mayoría consideró que el aviso, cuya publicación había sido sancionada por violar dicha ley, transmitía una información de interés general y que, si bien la publicidad es susceptible de reglamentación, ella no queda excluida de la protección que dispensa la Enmienda I de la Constitución.

En "*Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens*" (780), descalificó a una ley que sancionaba a los farmacéuticos que publicitaran el precio o modalidad de pago de drogas cuya venta sólo podía ser efectuada bajo receta. La Suprema Corte destacó que ese tipo de información era válida al satisfacer la libertad de expresión de quien emite la publicidad y el derecho a su recepción por los destinatarios de aquélla, sin que el carácter comercial del anuncio lo excluya del régimen constitucional aplicable a la libertad de prensa. Máxime considerando que la publicidad se ajustaba a datos ciertos y no inducía al engaño o error.

En "*Bates v. State Bar of Arizona*" (781), declaró la invalidez de una ley que prohibía a los abogados acudir a la publicidad para ofrecer

---

(779) 421 US 809 de 1975.

(780) 425 US 748 de 1976.

(781) 433 US 350 de 1977.

sus servicios profesionales, anunciando los honorarios que percibían por las diversas tareas.

La publicidad comercial puede estar sujeta a regulaciones, siempre que ellas sean razonables en función de la necesidad de preservar el orden público, la moral pública y los legítimos derechos de las personas (art. 19, CN). Así, en el caso "*Central Hudson Gas v. Public Service Commission of New York*" (782), la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró que la publicidad comercial estaba comprendida en la Enmienda I sobre libertad de prensa y dejó sin efecto la prohibición impuesta a una publicidad que promocionaba el uso de la electricidad por entender que era contraria a la política gubernamental para fomentar el uso racional de las fuentes energéticas.

Sin embargo, la Suprema Corte fijó cuatro reglas que debían ser analizadas en cada caso concreto para determinar la validez de las regulaciones: 1) la licitud del objeto y forma de la publicidad; 2) la regulación legal debe responder a un interés sustancial del Estado; 3) la regulación debe estar directamente relacionada a ese interés específico; 4) la regulación no debe exceder los límites necesarios para tutelar aquel interés. Estas reglas han sido aplicadas por el tribunal, tutelando toda publicidad veraz y que no induzca a error.

Generalmente, se consideran admisibles las regulaciones destinadas a sancionar la publicidad comercial desprovista de una razonable veracidad, la publicidad subliminal, la publicidad encubierta, y en definitiva toda aquella que contenga mensajes que desemboquen en la promoción o apología de actos ilícitos penales o civiles.

Otro tanto acontece con la denominada "*publicidad comparativa*" cuando ella individualiza al competidor sin razonabilidad y su consentimiento (783). Sin embargo, tanto en este último caso —don-

---

(782) 447 US 557 de 1980. Ver BIANCHI, ENRIQUE-GULLCO, HERNÁN, *La libertad de expresión en materia de publicidad comercial*; El Derecho, 159-891.

(783) En materia de "*publicidad comparativa*" se ha suscitado un intenso debate entre nuestros juristas, aunque con un manifiesto trasfondo profesional (VANOSSI, JORGE, *Libertad de expresión y publicidad comparativa*, *La Nación*, 12/5/1994; O'FARRELL, ERNESTO, *La publicidad comparativa en la Cámara Federal en lo Civil y Comercial*, LA LEY, 1994-C-1, y *La publicidad comparativa vista desde la publicidad*, LA LEY, 1995-C, 1065; OTAMENDI, JORGE, *Publicidad comparativa: ¿un cambio de tendencia?*, LA LEY, 1994-C, 850; MENKE, BURKHART, *La publicidad comparativa*, LA LEY, 1995-A, 985; O'FARRELL, MIGUEL, *La publicidad comparativa en el Derecho argentino*, LA LEY, 1995-E, 621). La proyección del debate en sede judicial se expresa en los casos "*Rolex v. Orient*" (LA LEY, 147-233 del 30/12/1971); "*Bodegas Edmundo Navarro Correas v. Agro Industrias Cartellone*" (LA LEY, 1991-C, 531); "*Axoft Argentina v. Megasisistemas*" (LA LEY, 1994-C, 7); "*The Coca Cola Company*" (LA LEY, 1994-C, 1 y 6).

de se lesiona el derecho al nombre y a la propiedad de un tercero— como en los restantes, la regulación no puede desembocar en el extremo de disponer la censura prohibiendo la publicidad. Solamente es viable la aplicación de sanciones por la lesión de un derecho, pero es inadmisibile imponer la censura vedada por el art. 14 de la Ley Fundamental.

Sin embargo, en el caso "*Quilmes c. Isenbeck*", se avaló en cierto modo la censura. La Cámara Civil y Comercial Federal, sala I, consideró que el hecho de haber sido emitida la publicidad comparativa, no permite aseverar la existencia de censura si, con posterioridad, se prohíbe su difusión. Entendemos que hay censura tanto cuando se prohíbe emitir una publicidad todavía no difundida, como cuando se prohíbe proseguir con la difusión de una publicidad ya emitida. Ello no es óbice para que los jueces dispongan las compensaciones y penalidades correspondientes si esa publicidad es ilícita (784).

En el caso específico de la publicidad comercial, resulta de suma utilidad para satisfacer el derecho a la información de los consumidores siempre, claro está, que se practique de manera lícita. Diversas entidades constituidas para la defensa de los derechos del consumidor realizan publicaciones comparando las calidades, características y precios de diversos productos comerciales —individualizando su marca— con el propósito de facilitar la elección que realice el eventual adquirente. En este aspecto, desarrollan una importante función social aunque sin efectuar propaganda alguna.

Pero la publicidad comparativa con fines de propaganda, es decir, para difundir el conocimiento sobre las presuntas bondades que tiene un producto respecto de otro, no es necesariamente ilícita. Es una manifestación lícita de la libertad de expresión cuando se realiza de buena fe, sin inducir al error, efectuando una comparación objetiva y leal sin desacreditar el producto de la competencia. Asimismo, no debe configurar una forma velada para obtener provecho del prestigio que tiene la marca del competidor, extendiendo sus bondades al producto que se publicita.

Para los casos en que la publicidad comercial excede los límites que razonablemente, prevé la ley, resultan aplicables las sanciones que establecen las leyes que regulan la lealtad comercial (785), la defensa del consumidor y el art. 159 del Código Penal. Este último sanciona con pena de multa a quien dolosamente, por maquinacio-

(784) Sentencia del 19 de mayo de 2005; *El Derecho*, 19 de septiembre de 2005; RCyS, 2005-VIII-31.

(785) *Supra* 194.



nes fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratarse de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

Ese principio de razonabilidad fue debidamente considerado por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, cuando resolvió el caso *"Editorial Amfin"* (786).

Desde 1982, la empresa editora del diario *Clarín* dispuso otorgar bonificaciones de hasta el 15%, a los anunciantes que efectuaran su publicidad de manera exclusiva en ese matutino. Por aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, la autoridad administrativa ordenó el cese de tal conducta. Basó su decisión en que, por ser *Clarín* el diario que registraba mayor tirada, esa práctica restringía el acceso al mercado publicitario de sus competidores. Además, se privaba a los lectores de otros diarios de la posibilidad de conocer a la publicidad de aquellos productos que habrían sido publicitados en ellos, si la editora del diario *Clarín* no hubiera implementado la medida cuestionada determinante de la absorción de dicha publicidad.

Los jueces Marcos Grabivker, Roberto Hornos y Carlos Pizzatelli revocaron la resolución apelada. Aceptaron que la conducta prohibida por la administración configuraba un comportamiento vinculado con la producción y el intercambio de bienes y servicios, pero que en modo alguno constituía una competencia desleal en perjuicio del interés económico general.

Con respecto al primero de los cargos, expresaron que, de las pruebas producidas, resultaba que en los últimos años no se había alterado la situación económica financiera de los principales competidores de *Clarín* —*La Nación* y *Ambito Financiero*—, *"probablemente por ser diarios cuya circulación es relativamente grande y atractiva para otros anunciantes distintos a los que publican en Clarín o para anunciantes que de todos modos han decidido no utilizar las bonificaciones por exclusividad que ofrece este último diario"*.

En cuanto al segundo de los cargos, señalaron acertadamente que *"por lo general, un consumidor compra un periódico por el perfil de aquél o por el tipo de información que brinda y no por sus avisos publicitarios. Por lo tanto, la circunstancia de que un aviso publicitario salga en un periódico y no en otro —como consecuencia de esta política de descuentos por exclusividad— no va a significar, y no se ha acreditado lo contrario en autos, que el consumidor compre además de su periódico habitual, otro periódico más, para que le llegue el avi-*

*so que no se publica en su diario de compra habitual. En última instancia, si, eventualmente, el consumidor desea comprar otro periódico además del que habitualmente lee, como consecuencia de la modalidad en cuestión o por alguna otra motivación personal, no se acredita para aquél un perjuicio”.*

Tampoco consideró que se lesionaba el interés económico general de la comunidad. Ello era así porque *“las bonificaciones ofrecidas no limitan la posibilidad de efectuar publicidad por otros medios (televisión, radio, revistas, etc.), y ni siquiera en otros diarios, en caso de no estimarse conveniente la exclusividad por quien pretende publicar por lo que, antes bien, lo ofrecido por la recurrente parece favorecer aquel interés ante la posibilidad de obtener mejores precios al consumidor por el servicio prestado”.*

Concluyó expresando que *“Si la competencia tiene lugar entre empresas comerciales, y se vincula a la venta de cosas o servicios, es de la esencia de la libre y legítima competencia que cada una de aquéllas procurará vender la mayor cantidad de cosas o servicios, sin que en tales conductas pueda encontrarse infracción a los preceptos legales que aquí se tratan, siempre que no se verifique que el precio de venta no resulte redituable para el vendedor”.*

Si se acepta, tal como acontece en la actualidad (787), que la publicidad comercial integra el concepto de libertad de prensa, son extensibles a ella todas las cualidades que la Constitución Nacional prevé para esa libertad fundamental incluyendo, claro está, la prohibición de la censura previa.

No se advierte la presencia de una razón jurídica valedera para someter la publicidad comercial a una especie de régimen específico para la libertad de expresión, porque la tutela constitucional es dispensada a ésta cualquiera sea su contenido. La tutela constitucional

---

(787) Cfr. VANOSSI, JORGE, *Libertad...*, cit. En reiteradas oportunidades, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha declarado incluida en la Enmienda I de la Constitución a la publicidad comercial (*“Bigelow v. Virginia”*, 421 US 809 de 1975; *“Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens”*, 425 US 748 de 1976; *“Central Hudson Gas v. Public Service Commission of New York”*, 447 US 557 de 1980; *“Pacific Gas v. Public Utilities”*, 475 US 1 de 1986; *“City of Ladue v. Gilleo”*, 114 S.Ct. 2038 de 1994; *“City of Cincinnati v. Discovery Network”*, 113 S.Ct. 1505 de 1993). En el caso *“Groppera Radio”*, resuelto el 20 de junio de 1989, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que todas las emisiones televisivas, cualquiera sea su contenido, tengan o no fines lucrativos o publicitarios, están protegidas por el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 que reconoce la libertad de expresión sin que pueda haber injerencia de la autoridad pública.

es dispensada a la exteriorización del pensamiento humano mediante los medios técnicos de comunicación social, con prescindencia del objetivo político, cultural, informativo, de esparcimiento o comercial que, de manera mediata o inmediata, pueda albergar quien ejerce la libertad de expresión. Claro está que, a igual que en todos los restantes casos, el ejercicio de la libertad de expresión en materia comercial está sujeto a las consecuencias razonables que le depara la legislación reglamentaria. De modo que si a través de su ejercicio se lesiona el derecho de propiedad, se incurre en fraude, se perturba el orden público, se lesiona la moral pública, o se afectan ilícitamente los derechos de un tercero, corresponderá aplicar las sanciones resarcitorias o punitivas de índole civil o penal que prevea la legislación, aunque no la censura (788).

Sin embargo, la realidad nos revela las dificultades culturales existentes para la plena inserción de la publicidad comercial en el ámbito de la libertad de expresión. No se advierte debidamente la estrecha relación existente entre la prensa libre y los matices comerciales de la vida social. Un destacado hombre de prensa, en su carácter de presidente de la Comisión de Libertad de Prensa de la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA), tuvo oportunidad de poner en relieve los prejuicios sociales existentes sobre los aspectos económicos de la labor de la prensa y la necesidad de erradicarlos porque, en definitiva, sin una sólida base económica no puede existir la empresa periodística independiente y, con ella, la prensa libre (789).

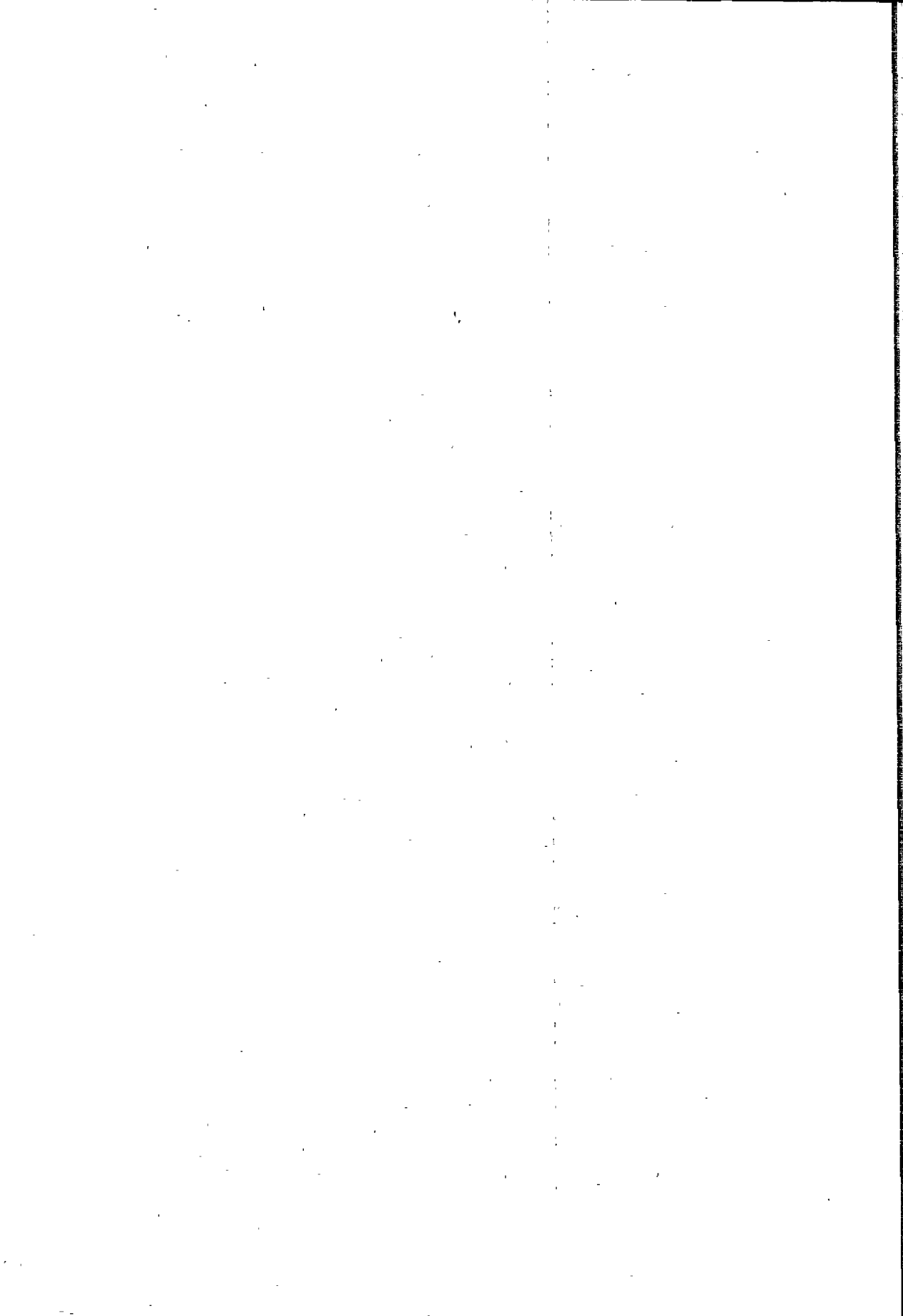
La publicidad comercial está estrechamente vinculada con la prensa libre, de manera de que cualquier restricción que se le imponga a aquélla necesariamente repercutirá no solamente sobre quien forjó la publicidad, sino también sobre el medio de prensa que la difunde (790).

---

(788) Sentencia de la Cámara Nacional en lo Penal Económico, sala B, del 24 de febrero de 2006 en el caso "Telecom Argentina S.A.", LA LEY, 24 de abril de 2006.

(789) Informe presentado por Guillermo Ignacio en la XXXIV Asamblea General de ADEPA realizada en Rafaela, provincia de Santa Fe, entre el 25 y 27 de septiembre de 1996.

(790) La mayor parte de los ingresos brutos que obtienen los medios gráficos de prensa provienen de la venta de espacios para la publicidad comercial.



## CAPÍTULO VIII

# LAS LIBERTADES PATRIMONIALES

### 241. LIBERTAD DE PROPIEDAD

La libertad de propiedad, como cada una de las especies del género libertad, constituye uno de los atributos más importantes del hombre, que le permite satisfacer una amplísima gama de necesidades, tanto de índole material como espiritual, de carácter individual o social. Desprovisto de ese atributo por obra de la ley positiva, el hombre tendrá sumamente restringido su campo de desarrollo y creatividad, generando un grave perjuicio para la sociedad en orden a su progreso y bienestar.

Se trata, esencialmente, de una libertad individual, cuyo origen no reside en la ley humana, sino en la propia naturaleza del hombre, que lo impulsa a ubicar bajo su ámbito de acción y voluntad el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial.

Esa libertad natural se traduce jurídicamente en el derecho a la propiedad privada sobre los bienes de uso y producción, que es reconocida por la ley positiva como causa y objeto de la actividad laboral y productiva del hombre, encaminada a satisfacer sus necesidades individuales y las necesidades sociales de los grupos humanos en los cuales se desarrolla su existencia.

Como toda libertad, la libertad de propiedad es inviolable, pero no absoluta en el marco de la convivencia social. Un Estado personalista, cuya finalidad única reside en concretar la plena vigencia de la libertad y dignidad del hombre, reconoce jurídicamente la propiedad privada y la reviste con las garantías necesarias para que su ejercicio sea amplio, posible y efectivo. Pero, como no se trata de una libertad absoluta, el Estado tiene el deber de armonizar su ejercicio con las restantes libertades que la ley reconoce a todos los individuos y grupos sociales, aunque sin caer en el extremo de desconocer su inviolabilidad mediante restricciones y reglamentos que conduzcan, en definitiva, a su negación o desnaturalización.

La existencia del hombre en una sociedad democrática es inconcebible sin libertad. No solamente sin algunas de sus especies, sino de cualquiera de ellas, incluyendo a la propiedad privada. Esa existencia tampoco es posible sin dignidad, y la propiedad, además de ser un medio adecuado para posibilitar el ejercicio de otras libertades humanas, dignifica al hombre al ofrecerle seguridad material y espiritual, constituyendo el reconocimiento a su habilidad, talento y esfuerzo en el desarrollo de una actividad laboral y productiva.

La propiedad privada es un acicate y premio para la actividad socialmente útil del hombre, que le otorga seguridad y protección para remediar sus necesidades materiales más diversas y para facilitar el logro de muchas aspiraciones espirituales. Pero ello no solamente en el ámbito individual, sino también, de manera indirecta, en el ámbito social, procurando colmar los requerimientos provenientes del interés general o bien común. Es que inevitablemente, a corto, mediano o largo plazo, el ejercicio individual de la libertad de propiedad, conforme a las leyes naturales que regulan la existencia del hombre, siempre concluye satisfaciendo el bien común y determinando el progreso material y espiritual de los pueblos.

Si bien la propiedad privada eleva la condición humana y le imprime mayor independencia a su vida, pocas instituciones han sido objeto de tan enconados ataques por parte de ciertas doctrinas políticas transpersonalistas, sobre todo en el curso del siglo actual, donde la consecuencia práctica de tales concepciones ha sido la degradación moral y la privación del bienestar legítimo para aquellas sociedades en las cuales fue desconocida o desnaturalizada la propiedad individual.

El egoísmo reflejado en el ejercicio abusivo de la propiedad fue el factor desencadenante, muchas veces, de los ataques dirigidos contra ella. Con frecuencia, también lo fue el afán de ciertos grupos sociales por consolidar su fuerza política. Pero en todos los casos se pretendieron evitar los presuntos o reales inconvenientes producidos por el derecho de propiedad mediante la sustitución de su titular natural, por obra de la ley positiva y prescindiendo de los imperativos provenientes de las leyes naturales.

En sustitución de la propiedad individual, fue concebida la propiedad social, para advertir, al cabo de los años, que la propiedad colectiva producía mayores perjuicios que el abuso de la propiedad individual, sumergiendo a las sociedades en la miseria y en el más angustioso atraso frente a los adelantos materiales que se operaban en las sociedades personalistas.

Frente a esa realidad, y como alternativa, surgió la concepción de la propiedad como función social. No se sustituía al titular del dere-

cho de propiedad, pero se le imponía una serie de obligaciones operativas que, en definitiva, transformaban al propietario en un agente del Estado. Esta concepción, debido a su carácter dogmático, además de someter la libertad de propiedad al paternalismo estatal, privándola de toda seguridad jurídica, reprime la fuerza creadora y progresista del individualismo.

La idea de la propiedad como función social, cuyos principales inspiradores y partidarios fueron algunos científicos y destacadas figuras de la teoría política y económica, aunque carentes de la experiencia práctica suficiente en la materia, produjo un importante debilitamiento del derecho individual de propiedad que, sugestivamente, se expandió a otras libertades individuales.

El propósito de incrementar la igualdad en el uso y goce de los bienes materiales fue realizado sacrificando el proceso de creación y acumulación de riquezas, sin percibir que el agotamiento de estas últimas torna ilusoria y demagógica toda distribución equitativa.

Tampoco se advirtió que la vigencia de la propiedad privada, con toda su fuerza positiva para el progreso social, genera una ineludible desigualdad que se basa sobre la aptitud individual y no sobre arbitrarias y caprichosas prerrogativas. Pero esa desigualdad es, precisamente, consecuencia del libre desarrollo que acarrea el dinamismo social y la satisfacción de amplias necesidades materiales para toda la población.

Con referencia a los equívocos que producen las posturas dogmáticas extremas, Linares Quintana destaca que, así como una visión de los derechos humanos deformada a través del prisma del más crudo egoísmo pudo llevar a algunas mentes a la idea de un derecho de propiedad absoluto e ilimitado como nunca existió en la realidad, también únicamente como resultado de otro estrabismo pueden explicarse algunas concepciones que colocan tan fundamental derecho a merced del arbitrio estatal, dando plena razón a la sabrosa afirmación de Alberdi, de que el ladrón privado es el más débil de los enemigos que la propiedad reconozca, pues ella puede ser atacada por el Estado en nombre de la utilidad pública (791).

Constituye una noción nociva para el desarrollo armónico y el progreso de la sociedad aquella que propicia transformar el derecho individual de propiedad privada en una función social, porque además de privarla del acicate de la creatividad, conduce inexorablemente a su desaparición.

---

(791) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, p. 25, ob. cit.

Otro tanto acontece con aquellas ideas que niegan, lisa y llanamente, el derecho de propiedad, sacrificando un atributo natural de la persona humana a un presunto interés general que, en la práctica, culmina desconociendo la dignidad del individuo y su capacidad innata para contribuir al desenvolvimiento de la sociedad en un marco de libertad.

En el pensamiento de Alberdi, y de sus contemporáneos, el fortalecimiento del derecho a la propiedad privada era uno de los instrumentos fundamentales para concretar el progreso del país y de sus habitantes. No solamente en un ámbito material sino también, y por añadidura, en el ámbito espiritual. Reflejando esta concepción, Nicolás Avellaneda escribía que *"La propiedad levanta la condición del hombre e imprime a su carácter la independencia que su vida asume; y como ha sido adquirida por el trabajo, que es un esfuerzo, y preparada por la economía, que es una previsión, le da la conciencia enérgica de sus facultades y de sus fuerzas. El propietario se reconoce entonces dueño de su destino, porque ha luchado hasta realizar el sueño de su ambición, y porque ha vencido"* (792).

A tales propósitos respondieron, entre otros, los arts. 20 y 75, inc. 18, de la Constitución. La apertura a una inmigración productiva y la cláusula del progreso, ofrecieron una amplia protección a la creatividad, vida y patrimonio de nacionales y extranjeros. Permitieron, en la segunda mitad del siglo XIX, poblar amplias zonas deshabitadas del país generando importantes inversiones de capital y trabajo que coadyuvaron a un crecimiento inusual, por su celeridad e intensidad, en el seno de las naciones consolidadas en esa época. Tal resultado se concretó al margen de toda concepción que presentara a la propiedad privada como una función social o, en su variante extrema, como una propiedad colectiva incompatible con la visión de los derechos individuales.

Si bien la propiedad no es una función social, resulta evidente que ella tiene una finalidad social, a igual que todas las libertades del hombre ejercidas en el curso de la convivencia social. Las libertades naturales del hombre, cuando éste convive con sus semejantes, quedan sujetas a diversas limitaciones establecidas en salvaguarda de los derechos de los demás con el propósito de armonizarlos y de permitir la concreción de los fines personalistas de la sociedad. Esas limitaciones también son aplicables al derecho de propiedad, sin necesidad de acudir a elucubraciones teóricas y antinaturales que le

---

(792) Citado por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, p. 16, ob. cit.



imprimen una tipificación diferente a la de las restantes especies de la libertad.

Estas elucubraciones no se compadecen con el paulatino surgimiento y consolidación de los sistemas políticos que se enrojan en las democracias constitucionales. Así, en el curso del siglo XX se advirtió una saludable revitalización de los derechos humanos, tanto individuales como sociales. Pero ese proceso que se desenvuelve con particular intensidad no se proyectó en la Argentina de manera similar frente a todos los derechos humanos y, en especial, respecto del derecho de propiedad privada.

Se incrementaron, razonablemente, las defensas legales para proteger el derecho al honor, a la intimidad y a la vida privada de los individuos, así como también otros recursos para la tutela de ciertos derechos personalísimos que, a veces, se traducen en libertades colectivas o sociales. Sin embargo, en los regímenes democráticos en transición, tal como acontece en los autoritarios, la propiedad privada quedó relegada a un plano secundario. Es uno de los derechos más vulnerables y, con frecuencia, prosigue siendo objeto de severas críticas basadas sobre aquellos estereotipos forjados en el siglo XIX. Particularmente, respecto a la propiedad privada de los medios de producción. Inclusive, y en función de tales condenas, se llega al absurdo de descalificar éticamente a toda persona que, merced a su esfuerzo, talento y trabajo, lidera procesos personales de crecimiento económico forjando fuentes de trabajo y capitales que posibilitan el progreso de una nación. Situación patológica que trae aparejada la nefasta división social entre ricos y pobres, sin advertir que el alto grado de movilización social existente fomenta el progreso individual y, como consecuencia, el progreso social.

Sobre el particular, y con referencia al derecho individual a la iniciativa económica, S.S. Juan Pablo II, con su visión realista y propuesta de equilibrio en libertad, explicó que *"es un derecho importante no sólo para el individuo en particular, sino además para el bien común. La experiencia nos demuestra que la negación de tal derecho o su limitación en nombre de una pretendida igualdad de todos en la sociedad reduce, sin más, o destruye de hecho el espíritu de iniciativa, es decir, la subjetividad creativa del ciudadano. En consecuencia, surge, de este modo, no sólo una verdadera desigualdad, sino una nivelación descendente"* (793).

Las condenas a la propiedad privada permanecen basadas sobre concepciones estancadas en el tiempo, que no perciben los cambios

---

(793) *Sollicitudo Rei Socialis*, 15.

producidos por el dinamismo social y las profundas transformaciones operadas en los procesos productivos. Es que no se produjo la concentración en los medios de producción, tal como lo auguraron algunos teóricos que, por cierto y en la práctica, carecieron de la inteligencia elemental para forjar nuevas fuentes de trabajo y creatividad de bienes. Por el contrario, asistimos a una desconcentración de ellos en orden a su titularidad, y sí a una concentración, pero limitada a la administración de la propiedad privada perteneciente a terceros.

Los grandes emprendimientos económicos, que compiten intensamente entre ellos en todo el mundo, no tienen fronteras ni nacionalidad, con excepción de aquellos que son propiedad de un Estado. Sus titulares, respecto de la propiedad, son millones de individuos que, al margen de proseguir realizando sus trabajos materiales o intelectuales con los cuales cubren sus necesidades primarias, procuran acudir al ahorro afectando porciones de su propiedad privada para participar, directa o indirectamente, en emprendimientos que, peyorativamente, se han dado en llamar multinacionales cuando, en rigor, son una consecuencia del proceso de globalización o integración que se opera firmemente en el siglo XXI. No solamente en el ámbito de la propiedad privada, sino también en los derechos personales y sociales, así como también en la conformación de políticas comunes entre los Estados modernos.

En el sistema constitucional personalista, la propiedad privada no es absoluta, sino que, a igual que las restantes libertades que dignifican al ser humano, está sujeta a las limitaciones impuestas por el interés social, que nunca pueden llegar al extremo de sustituir al individuo como titular de la libertad, o de imponer trabas tan intensas y amplias a su ejercicio que desconozcan la incolumidad de la esencia del derecho de propiedad.

## 242. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONES INTERNACIONALES

En todos los antecedentes constitucionales argentinos, encontramos diversas referencias a la libertad de propiedad que resaltan su importancia y debida protección.

El Estatuto Provisional de 1815 definía el derecho de propiedad de una persona como "*el derecho de gozar de sus bienes, rentas y productos*" (art. 2º, cap. I, sec. I). La Constitución de 1819 establecía que "*siendo la propiedad un derecho sagrado e inviolable, los miembros del Estado no pueden ser privados de ella, ni gravados en sus faculta-*

*des, sin el consentimiento del cuerpo legislativo, o por un juicio conforme a las leyes” (art. 123).*

De igual manera, la Constitución de 1826 disponía que *“siendo la propiedad un derecho sagrado e inviolable, los habitantes del Estado no pueden ser privados de ella, ni gravados en sus facultades, sino en los casos establecidos por la ley” (art. 175), agregando que “cuando el interés del Estado exija que la propiedad de algún individuo particular sea destinada a usos públicos bajo las formalidades de la ley, el propietario recibirá por ella una justa compensación” (art. 176).*

En el proyecto de Alberdi, cuyo contenido es similar al del art. 17 de la Constitución, se establecía: *“La propiedad es inviolable. Nadie puede ser privado de ella sino en virtud de la ley o de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de pública utilidad debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone contribuciones. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de la ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor goza de la propiedad exclusiva de su obra o descubrimiento. La confiscación y el decomiso de bienes son abolidos para siempre. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones ni exigir auxilios. Ningún particular puede ser obligado a dar alojamiento en su casa a un militar” (art. 18).*

El reconocimiento de esta libertad con amplitud de criterio, también aparece expuesto en varios documentos internacionales. Así, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, establece: *“Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad” (art. 17).*

El art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la ley 23.054, proclama: *“Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.*

Corresponde destacar que, cuando el presidente de la República dispuso la ratificación de la Convención estableció que *“las obligaciones contraídas en virtud de la Convención sólo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento”.*

También, con referencia al art. 21 se formuló la siguiente reserva: *"El Gobierno Argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de utilidad pública e interés social, ni los que éstos entiendan por indemnización justa"*.

### 243. CONCEPTO CONSTITUCIONAL

El derecho de propiedad aparece expuesto, fundamentalmente, en el art. 17 de la Constitución, según el cual *"La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie"*.

Ese reconocimiento genérico del derecho de propiedad está complementado por el art. 14 de la Constitución, que reconoce a todos los habitantes del país la potestad de usar y disponer de su propiedad conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. Cláusula similar, respecto de los extranjeros, la encontramos en su art. 20.

El concepto constitucional de la propiedad difiere, y es mucho más amplio, que el concepto recogido por la legislación civil. En el ámbito del derecho civil, el objeto de la propiedad son las cosas, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. En cambio, para la Constitución, el derecho de propiedad supera el marco del dominio y de los derechos reales, abarcando todos los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona física o jurídica y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica para su titular, y aunque no lo sean para un tercero.

Ello incluye tanto a las cosas como a los bienes e intereses estimables económicamente que pueda poseer una persona. Comprende no solamente el dominio sobre las cosas, sino también la potestad de adquisición, uso y disposición de sus bienes tangibles e intangibles. Incluye todos los intereses apreciables económicamente que puede poseer el hombre fuera de sí mismo, al margen de su

vida y libertad de acción. Es la universalidad de los bienes materiales o inmateriales que constituyen el patrimonio de una persona (794).

Ese concepto del derecho de propiedad, también resulta de la doctrina expuesta por la Corte Suprema de Justicia. Abarca todo valor reconocido por la ley, cuyo origen puede resultar de las relaciones de derecho privado, como también de actos administrativos, y siempre que *"su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo"* (795). Es todo aquello de lo cual puede disponer su titular, incluyendo su uso y los contratos que celebre (796), así como también *"los derechos adquiridos, o sea, los derechos definitivamente incorporados al patrimonio de una persona"* (797).

Precisando el concepto constitucional de la propiedad, y solamente a título enunciativo, quedan englobados en ella el derecho de real dominio y todas sus desmembraciones; las concesiones de uso sobre bienes del dominio público y las concesiones para la administración o explotación de servicios, empresas o establecimientos públicos; los derechos patrimoniales derivados de los contratos celebrados entre particulares, o entre ellos y el Estado, ya se trate de contratos individuales o colectivos; los derechos incorporados por medios lícitos al patrimonio de una persona; los derechos patrimoniales acordados por una sentencia judicial; los derechos previsionales adquiridos; los derechos hereditarios, en la forma y proporción establecidas por la ley (798), y, en general, todo elemento material, crédito o derecho adquirido para exigir la prestación de un servicio o el cumplimiento de una obligación susceptible de apreciación económica.

También integran el concepto de propiedad constitucional la propiedad intelectual, industrial y comercial a que hace referencia el art. 17, cuando dispone que todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la ley.

## 244. PROPIEDAD INTELECTUAL

La propiedad intelectual es el derecho de propiedad reconocido al autor de una obra científica, literaria o artística para disponer, usar

---

(794) JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 416, ob. cit.

(795) Fallos CS 145:327.

(796) Fallos CS 177:21.

(797) Fallos CS 312:1121.

(798) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 323, ob. cit.

y comercializar libremente de ella. Abarca, a título de ejemplo, las obras literarias, los programas de computación, las composiciones musicales y cinematográficas, las obras de dibujo o pintura, las esculturas, las obras de arte y arquitectura, los impresos y planos o mapas, las fotografías, los grabados, los fonogramas.

La ley 11.723 que reglamenta la propiedad intelectual, establece que comprende toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

El reconocimiento constitucional de la propiedad intelectual, que emana del art. 17 de la Ley Fundamental, ya estaba consagrado en los textos de 1819 y 1826. En ambos (arts. 44 y 57 respectivamente), se establecía que el Congreso debía asegurar a los autores e inventores de establecimientos útiles, privilegios exclusivos por tiempo determinado. Asimismo, en el art. 18 del Proyecto de Alberdi se destacaba que todo autor o inventor goza de la propiedad exclusiva de su obra o descubrimiento.

La propiedad intelectual puede ser objeto de los mismos actos jurídicos que la propiedad material, aunque con una diferencia sustancial. La transferencia de la propiedad intelectual no comprende, salvo cláusula expresa en contrario o autorización normativa, el derecho moral sobre la obra. La transferencia de una obra pictórica no autoriza, al adquirente, para destruirla o modificarla materialmente, ni tampoco para comercializar su uso, porque se estará vulnerando el derecho moral del autor. Otro tanto acontece con las fotografías, las grabaciones, los textos de las obras literarias o artísticas. En todos estos casos, el adquirente material de la obra deberá indemnizar el daño moral ocasionado al autor.

La Constitución establece que la propiedad intelectual del autor sobre su obra, o de sus herederos, se extiende por el lapso que determina la ley. Esto significa que el legislador puede establecer un plazo para el ejercicio exclusivo de este tipo de propiedad, pero ese lapso debe ser razonable y proporcional al esfuerzo creativo del autor.

Sin perjuicio de la cláusula contenida en el art. 17 de la Ley Fundamental, consideramos que no existen reparos constitucionales para que la ley equipare su término a la perpetuidad de la propiedad común que recae sobre los objetos materiales. Asimismo, si la obra intelectual se materializa en un objeto material, el derecho del propietario sobre este último será perpetuo. Quien adquiere una obra pictórica, un libro, una obra de arte, una fotografía, tiene un derecho de propiedad ilimitado en el tiempo, aunque el derecho moral de su autor originario esté sujeto a una limitación temporal.

La limitación temporal del derecho de propiedad intelectual es un tema controvertido. Para propiciar su perpetuidad se destaca que la propiedad intelectual es la más importante de las creaciones del intelecto humano que debe ser preservada dada su originalidad. Asimismo, la perpetuidad fomenta el respeto a los derechos de sus creadores y la producción de nuevas obras de igual naturaleza. Para justificar su naturaleza temporal se expresa que, la perpetuidad, puede trabar la circulación de las obras de arte afectando la cultura de la sociedad. Que la perpetuidad beneficia a los herederos del autor que no participaron en la creación de la obra. Como toda obra de arte sería fruto de la inserción del autor en las vivencias y experiencias de una comunidad, resultaría justo que, en algún momento, esa obra generara beneficios exclusivos para esa comunidad.

La ley 11.723 establece que la propiedad intelectual sobre sus obras corresponde a los autores durante su vida, y a partir del 1º de enero del año siguiente a su muerte, a sus herederos o derechohabientes por el término de sesenta años (art. 5º).

Para las obras fotográficas, la duración del derecho de propiedad es de veinte años a partir de la fecha de su primera publicación. En cambio, tratándose de obras cinematográficas, el derecho de propiedad es de cincuenta años a partir del fallecimiento del último autor del argumento, o del productor o del director. Si se trata de una obra cinematográfica musical, el compositor tendrá iguales derechos que el autor del argumento, el productor y el director de la obra (arts. 20 y 34).

El retrato fotográfico de una persona no puede ser comercializado sin su consentimiento o, en su caso, de sus herederos o derechohabientes hasta veinte años después del fallecimiento de la persona retratada (art. 31). Pero es libre la publicación del retrato cuando responde a fines científicos, didácticos, culturales o se relaciona con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.

Las obras que conforman la propiedad intelectual deben ser inscriptas en el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual. La falta de inscripción acarrea la suspensión del derecho del autor hasta el momento en que la realice. Las reproducciones efectuadas por terceros hasta el momento de la inscripción son válidas (art. 62), siempre que no incurran en plagio.

El art. 5º establece que, vencidos los plazos legales, o de no tener el autor herederos o derechohabientes, los derechos que le correspondían pasarán al Estado por todo el plazo legal. Asimismo, cuando cesa el dominio privado, las obras pasan a formar parte del domi-

nio público, pudiendo ser usadas por cualquier persona sin necesidad de autorización previa. Pero el dominio público no es gratuito sino pagante. Quien hace uso de la obra debe pagar un gravamen que sustituye el derecho del autor y que, generalmente, se destina al fomento de las artes (799). No compartimos esta solución legislativa, considerando que el dominio público debe ser esencialmente gratuito, sin generar derecho alguno en beneficio del Estado, y aunque se asigne un destino razonable a ellos.

El reconocimiento de la propiedad intelectual plantea, en algunas ocasiones, conflictos de compleja resolución. El art. 56 de la ley 11.723 otorga, a los intérpretes de obras literarias o musicales a exigir una retribución cuando ellas son difundidas o retransmitidas mediante la radiotelefonía, la televisión o por cualquier otro medio. A falta de acuerdo con la contraparte, el juez fijará el monto de aquella en un proceso sumario.

Sin embargo, las normas reglamentarias emitidas por el órgano ejecutivo determinan el monto de tales retribuciones y facultan a entidades privadas de carácter gremial para su percepción. Las retribuciones deben ser pagadas por los emisores cuando se trata de una transmisión pública. Norma aplicable en todo establecimiento donde se concreta esa transmisión, como son hoteles, confiterías y todo tipo de establecimiento en que se opere esa difusión pública.

Se ha suscitado una cuestión conflictiva cuando, en el caso de transmisiones radiales o televisivas, el derecho a la retribución no se fija en forma global sino por cada aparato de radio o televisión, tal como acontece en los hoteles, confiterías y restaurantes. Considerando que, constitucionalmente, la habitación de un hotel está equiparada al domicilio particular o privado, entendemos que la retribución no es exigible respecto de cada uno de esos espacios porque en ellos no se opera una transmisión pública sino privada. En este caso, el acceso a la radio o a la televisión está reservado al titular de la habitación.

El 15 de septiembre de 2005 (800) en fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se resolvió que la comunicación al público de grabaciones fonográficas que se difunden dentro de las habitaciones de un hotel, no está comprendida en la excepción prevista para los domicilios familiares a efecto de la exención del pago

---

(799) DELIA LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, p. 264, Ed. Zavalla, UNESCO y CERLALC, Buenos Aires 1993; MIGUEL ANGEL EMERY, *Propiedad intelectual*, p. 94, Astrea, Buenos Aires 1999.

(800) Caso "AADI CAPIFACR c. *Catallnas Suites*"; LA LEY, 2005-F, 243.



de aranceles. En el voto de la mayoría se destacó que la comunicación de música a los huéspedes de las habitaciones de un hotel, cualquiera sea la modalidad de la difusión, es pública aunque el lugar no sea público porque su transmisión la realiza el hotelero para personas que no forman parte de su grupo familiar o el de sus amigos íntimos. Además, el hotelero propala la música como un elemento comercial inherente a su negocio, ya sea para obtener ganancias o alguna otra ventaja derivada de su utilización.

Para la minoría, en cambio, las habitaciones de los hoteles no constituyen lugares públicos y que, la noción del beneficio, no tiene relevancia porque su finalidad no es la de propagar música únicamente, sino la de brindar mayor bienestar y confort a los pasajeros. Por otra parte, la normativa reglamentaria de la ley exige que quienes exploten locales en los que se ejecutan públicamente obras musicales, deben anotar en planillas diarias las obras ejecutadas, sus autores e intérpretes. Obligación de cumplimiento imposible para el hotelero, a menos que se inmiscuya en la intimidad de los huéspedes violando su derecho a la privacidad.

Consideramos que el pago de los derechos en tales circunstancias importa desconocer el carácter privado de la difusión y el derecho a la intangibilidad del domicilio particular. Por otra parte, y conforme a diversas encuestas realizadas, se arribó a la conclusión que el grueso de los huéspedes solamente se interesan por la información, radial o televisiva, reflejada en espectáculos deportivos, obras cinematográficas e información periodística.

La propiedad industrial y comercial, como especie de propiedad intelectual, recae sobre los inventos, descubrimientos, patentes, marcas de fábrica y de industria, diseños, dibujos y modelos industriales y, en general, sobre toda obra de la inteligencia humana que no está comprendida en la ley 11.723.

La ley 24.481, modificada por la ley 24.572, regula las patentes de invención y los certificados de modo de utilidad. Las patentes se otorgan respecto de invenciones de productos o procedimientos, siempre que sean novedosos, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. El derecho a la patente pertenece al inventor o sus causahabientes, pudiendo ser cedido o transferido a terceros. La patente tiene una duración de veinte años no prorrogables.

Transcurridos tres años desde la concesión de la patente o cuatro desde la presentación de la solicitud, si la invención no ha sido explotada o si no se han realizado preparativos conducentes para su explotación, o si esa explotación quedó interrumpida durante más

de un año, cualquier persona puede solicitar autorización para usar el invento sin la conformidad de su titular.

Esta razonable protección que se otorga mediante las patentes de invención, tienen por objeto fomentar la creatividad y explotación industrial en diversas áreas relacionadas con el progreso, bienestar y salud de la población. Con frecuencia, el desarrollo de un invento y su consecuente patentamiento, está precedido por intensas investigaciones a lo largo de varios años y que insumen importantes inversiones. Además, suelen ser fruto de una labor interdisciplinaria compleja que, muchas veces, no acarrea los resultados esperados.

### 245. LÍMITES DE LA PROPIEDAD

El art. 17 de la Constitución establece que la propiedad es inviolable. Esto significa que la titularidad del derecho de propiedad no puede ser vulnerada, sino en virtud de una sentencia fundada en ley o por un acto expropiatorio fundado sobre una causa de utilidad pública calificada por ley y previamente indemnizada.

La inviolabilidad, referida a la titularidad del derecho, solamente puede ser alterada bajo las condiciones que establece expresamente la Constitución. En cambio, la inviolabilidad referida al ejercicio del derecho de propiedad puede ser razonablemente restringida por el legislador, ya que el art. 14 de la Constitución establece que el uso y la disposición de la propiedad es un derecho del cual gozan todos los habitantes del país conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.

Como la propiedad no es una libertad absoluta, su ejercicio puede ser objeto de diversas reglamentaciones legales, traducidas en restricciones que tengan por finalidad: 1) armonizar el derecho de propiedad individual con el ejercicio de igual derecho por parte de los demás individuos; 2) armonizar el derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales; 3) armonizar el derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.

Pero, en todos estos casos, las limitaciones no pueden exceder el marco previsto por el art. 28 de la Constitución, desembocando en la negación o desnaturalización del derecho de propiedad, así como tampoco configurar limitaciones arbitrarias, irrazonables o generadoras de privilegios incompatibles con un sistema democrático constitucional. El incumplimiento de esas finalidades importa des-

conocer el principio de la inviolabilidad de la propiedad, que la resguarda frente a todo acto estatal o de los particulares y, en definitiva, a negar la vigencia de esta libertad.

Las limitaciones al derecho de propiedad, provenientes de las normas que reglamenten su ejercicio, pueden ser establecidas para satisfacer un interés privado o un interés público (801). Responden a un interés privado cuando están destinadas a proteger los derechos de un particular. Son impuestas en consideración de un interés público cuando protegen globalmente a la sociedad.

Las limitaciones en defensa del interés privado son establecidas por las normas del derecho privado, particularmente por el Código Civil. El órgano competente para crear estas limitaciones en todo el territorio del país, es el Congreso Nacional, ejercitando la facultad que le confiere el art. 75, inc. 12, de la Constitución.

Las limitaciones en defensa del interés público son impuestas por las normas del derecho público que, como regla general y por aplicación de los arts. 121 y 125 de la Constitución, deben ser dictadas por las provincias en sus respectivas jurisdicciones. A ellas se añaden las establecidas por el Congreso para la tutela de intereses públicos de carácter nacional.

Tanto las limitaciones en defensa del interés privado como en defensa del interés público, deben ser establecidas por leyes, de conformidad a lo dispuesto por el art. 14 de la Constitución, sin perjuicio de la potestad reglamentaria concedida al órgano ejecutivo.

Entre las limitaciones a la propiedad privada establecidas en defensa del interés público, cabe mencionar las siguientes: 1) las restricciones administrativas, cuya finalidad es la de evitar que el ejercicio de la propiedad privada perturbe u obstaculice la actividad de la Administración Pública; 2) las servidumbres administrativas, que posibilitan el uso público de un bien sobre el cual se ejerce el derecho de propiedad privada, sin que importe el cambio de su titular; 3) la expropiación, que es el acto por el cual el Estado dispone la transferencia de la titularidad sobre un bien; 4) la ocupación temporánea, que es la posesión material y transitoria por la Administración Pública de un bien sin que se altere la titularidad del derecho de propiedad; 5) la requisición, que es la ocupación o adquisición coactiva de bienes por el Estado para satisfacer la utilidad pública originada por una situación general (802); 6) el decomiso, que es la privación del

---

(801) MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, p. 25, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992.

(802) MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, p. 422, ob. cit.

derecho de propiedad sobre una cosa mueble por razones de seguridad, moralidad o salubridad públicas, o como sanción principal o accesoria de carácter penal o administrativo; 7) el secuestro, que es la incautación y depósito de un bien mueble en forma transitoria, impidiendo su disposición o uso por el titular del derecho de propiedad.

Una limitación patológica del derecho de propiedad se basa sobre la existencia de un estado de emergencia. Decimos patológica por las frecuentes restricciones provenientes de una presunta emergencia económica que, tal como aconteció en 2002, más que una limitación desembocaron en el desconocimiento y confiscación parcial del derecho de propiedad.

La validez de las limitaciones establecidas para el derecho de propiedad por razones de emergencia está condicionada a: 1) su implantación por ley del Congreso que tenga razonabilidad; 2) la ley no puede avalar, directa o implícitamente, una confiscación total o parcial; 3) las restricciones al derecho de propiedad deben ser limitadas en el tiempo y no afectar la esencia de los derechos adquiridos; 4) la ley no puede tener efectos retroactivos (803).

Entre las limitaciones a la propiedad privada, también cabe incluir la hipótesis prevista por el art. 2610 del Código Civil, cuando dispone la pérdida del dominio en virtud de una sentencia judicial. En este caso, la transmisión del dominio se basa sobre una ley que la autoriza y una sentencia que la ordena con prescindencia de la voluntad del titular del derecho. Es una aplicación del art. 17 de la Constitución, según el cual nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley.

## 246. EXPROPIACIÓN

La expropiación, prevista por el art. 17 de la Constitución Nacional, es una institución de derecho público mediante la cual se procura satisfacer una necesidad de la comunidad, sustituyendo coactivamente al titular del derecho de propiedad sobre un bien que tiene contenido económico.

Consiste en el acto estatal por el cual se priva a una persona de un bien de su propiedad para colmar una utilidad pública o interés general calificados por ley y previo pago de una indemnización justa.

---

(803) Fallos CS 318:1154; 325:28 y 2059; 326:417.

La ley es el instrumento jurídico por el cual el Estado ordena transferir un bien de un patrimonio a otro por causa de utilidad pública y previa indemnización (804). Como limitación al derecho de propiedad, se traduce en la privación definitiva y completa de la propiedad sobre bienes determinados y respecto de su anterior titular.

El acto de la expropiación, como institución regulada por el derecho público, genera una relación jurídica entre el expropiante y el expropiado. El sujeto pasivo de esa relación es el titular del derecho de propiedad al momento de ser dispuesta la expropiación. El sujeto activo es el Estado, facultado constitucionalmente para disponer la expropiación por ley.

La expropiación puede recaer sobre cualquiera de los bienes que están englobados en el concepto constitucional de propiedad, tanto sobre bienes materiales como inmateriales, cosas muebles o inmuebles, créditos y derechos contractuales. Los bienes susceptibles de expropiación pueden ser propiedad de los particulares, de empresas del Estado, municipios, de la Nación o de las provincias, sean de dominio público o privado. Solamente es necesario que tengan un valor económico, condición necesaria para que puedan ser objeto del derecho de propiedad.

Sin embargo, y como excepción, se afirma que el dinero que tiene curso legal en el país no es susceptible de expropiación (805), a pesar de que es objeto del derecho de propiedad. Ello se debe a que, como la indemnización expropiatoria debe ser hecha en dinero, carece de sentido privar a una persona de la propiedad sobre el mismo cuando, previamente, corresponde hacer entrega de igual cantidad de dinero.

No compartimos este enfoque, por cuanto constitucionalmente no existe impedimento para que la indemnización se haga efectiva transfiriendo bienes que no sean dinero. La Constitución solamente exige que la indemnización sea justa (806), y el cumplimiento de tal condición puede concretarse entregando cualquier clase de bienes sobre los cuales quepa ejercer el derecho de propiedad y que tengan una liquidez similar al dinero. Si la expropiación recae sobre moneda

---

(804) MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, p. 117, ob. cit.

(805) MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, p. 209, ob. cit.; GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 353, ob. cit.

(806) El artículo 12 de la Ley 21.499 establece que las indemnizaciones se pagarán en dinero en efectivo, salvo conformidad del expropiado para que dicho pago se efectúe en otra especie de valor. (Fallos CS 318:445).

extranjera, ella no tendrá como objeto una cantidad de dinero sino de cosas muebles.

La expropiación puede recaer sobre bienes determinados o, en forma genérica, sobre todos aquellos que sean razonablemente necesarios para satisfacer la declaración de utilidad pública, siempre que se hubieran previsto los procedimientos técnicos que permitan determinar o individualizar a esos bienes. En tal caso, la ley puede designar al organismo competente que determinará tales bienes, sobre la base del procedimiento establecido en la norma.

La declaración de utilidad pública puede abarcar no solamente a los bienes necesarios, sino también a los que sean convenientes para alcanzar los fines de la expropiación (807). Sin embargo, en ambos casos, no se trata de una potestad arbitraria, sino razonable y sujeta al control judicial. Lo que no es revisable judicialmente es el contenido político de la declaración de utilidad pública, pero sí la razonabilidad en la determinación de los bienes a expropiar y su relación de causalidad con la necesidad o conveniencia de la expropiación (808).

La expropiación puede ser regular o irregular, también llamada inversa o indirecta. La expropiación es regular cuando la iniciativa procesal es adoptada por el Estado (809), y es irregular cuando esa iniciativa corresponde al sujeto pasivo de la expropiación demandando su concreción.

La expropiación irregular, que es promovida por el titular del derecho de propiedad, responde al objeto de obtener la indemnización correspondiente. Su ejercicio se puede concretar en tres casos:

1. Cuando se sanciona una ley disponiendo la expropiación de un bien y el Estado no la hace efectiva tomando posesión del mismo y pagando la indemnización correspondiente. Como la ley expropiatoria restringe sensiblemente la comercialización del bien, ya sea por la disminución de su precio de venta o la reducción de los eventuales interesados en adquirir un bien que, en cualquier momento, ingresará al dominio estatal, el sujeto pasivo de la expropiación puede demandar al cumplimiento de la ley. Inclusive, podría demandar que si ella no se hace efectiva en un plazo razonable fijado judicialmente, corresponde declarar la inexistencia de la utilidad pública

---

(807) Fallos CS 33:162.

(808) GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 354, ob. cit.

(809) MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, p. 335, ob. cit.

- o de la razonabilidad de la expropiación por el manifiesto desinterés del Estado.
2. Cuando se sanciona una ley disponiendo la expropiación de un bien y el Estado toma posesión del mismo sin pagar la indemnización de manera previa. El sujeto pasivo de la expropiación podrá demandar que se concrete ese pago con más los daños y perjuicios que le ocasionó el incumplimiento de la obligación impuesta por el art. 17 de la Constitución. Entendemos que también podría demandar la restitución del bien y los daños que le produjo la desposesión.
  3. Cuando el Estado impone una restricción definitiva respecto del uso o disposición de un bien, que cercena el derecho de propiedad de su titular. Este podrá demandar el cese de tales restricciones hasta que, mediante una ley, se ordene la expropiación.

#### 247. COMPETENCIA PARA EXPROPIAR

Por ser una institución de derecho público que las provincias no delegaron en la Nación, la expropiación puede ser regulada legislativamente por la Nación y las provincias, en sus respectivos ámbitos territoriales. Así, las leyes generales o particulares de expropiación que sancionen las legislaturas provinciales tienen plena validez, siempre que se adecuen a las condiciones establecidas en la Constitución Nacional, especialmente en su art. 17.

La expropiación puede ser dispuesta tanto por una ley nacional como por una ley provincial, aunque en este último caso las expropiaciones solamente podrán disponerse y efectuarse sobre bienes situados en la respectiva jurisdicción provincial (810).

La expropiación debe ser dispuesta por ley nacional cuando la utilidad pública que se pretende satisfacer reviste carácter nacional, o cuando ella se extiende solamente sobre el ámbito de la Capital Federal o los territorios nacionales. En cambio, cuando la utilidad pública es de carácter local, la potestad expropiatoria debe ser ejercida por las legislaturas provinciales.

El órgano competente para efectuar la calificación de la utilidad pública y disponer la expropiación será el órgano habilitado consti-

---

(810) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, tV, p. 120, ob. cit.

tucionalmente para sancionar las leyes. Pero la ejecución de la expropiación y la determinación de los bienes necesarios o convenientes a los fines de la expropiación, cuando ellos no fueron específicamente, aunque sí genéricamente, determinados en la ley, es función del órgano ejecutivo.

Si bien la expropiación solamente puede ser dispuesta por ley nacional o provincial, los sujetos activos de la expropiación no son, necesaria y únicamente, la Nación o las provincias. La ley puede atribuir ese carácter a los municipios, a entidades autárquicas, a empresas nacionales o provinciales, a concesionarios de obras y servicios públicos y a los particulares. Pero, en todos estos casos, siempre es necesario que previamente se sancione, por ley del Congreso o de la legislatura provincial, la calificación de utilidad pública.

#### 248. UTILIDAD PÚBLICA

La utilidad pública es uno de los requisitos ineludibles para la viabilidad constitucional de la expropiación. Conforme al art. 17 de la Constitución, la expropiación solamente puede ser dispuesta por causa de utilidad pública.

El concepto de utilidad pública es esencialmente relativo, ya que su contenido varía en el tiempo y el espacio, en función de las necesidades colectivas de una sociedad determinada. Tal relatividad resulta del propio significado gramatical de este requisito. El término "*utilidad*" alude a la calidad de útil, que es todo aquello provechoso o favorable para un sujeto. "*Pública*", a su vez, alude a lo referente al sujeto colectivo de la actividad estatal, esto es la comunidad.

Lo que es útil para la comunidad varía constantemente como consecuencia de la gravitación ejercida por diversos factores políticos, económicos y sociales, que determinan el contenido de todo aquello que es provechoso para la comunidad, ya sea para solucionar problemas existentes o para posibilitar su progreso (811). "*Utilidad pública*" no es sinónimo de necesidad colectiva ineludible, sino de razonable bienestar general, bien común o interés general, que se puede exteriorizar en el orden material, económico, cultural o moral conforme a la cláusula del progreso establecida en el art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional.

---

(811) JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, p. 140, ob. cit.; JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino*, t. II, p. 213, ob. cit.



Por otra parte, la utilidad pública para justificar una limitación a la propiedad privada debe ser razonable. Caso contrario, se estará superando la frontera tutelar para las libertades que establece el art. 28 de la Constitución.

La utilidad pública, como causa constitucional de la expropiación, es todo aquello que, razonablemente, sea necesario o conveniente para la comunidad a fin de satisfacer sus necesidades o aspiraciones, sus metas inmediatas o mediatas, sean ellas materiales o espirituales (812). En tal sentido, no habrá utilidad pública cuando la expropiación se realiza para satisfacer el interés privado de un particular o de un grupo de particulares; cuando, bajo la apariencia de satisfacer un interés público, se satisface realmente un interés privado; cuando la expropiación es simplemente el medio aplicado para obtener recursos fiscales o económicos para el Estado; cuando la ley no explicita claramente la causa de utilidad pública o delega su determinación en el órgano ejecutivo; o cuando no se advierte relación alguna entre el acto expropiatorio y el bien o interés común invocado (813).

La calificación de utilidad pública es privativa del órgano legislativo y, en principio, ella no es susceptible de revisión judicial. No es función de los tribunales analizar si los elementos políticos ponderados por el legislador conforman realmente una utilidad pública que debe ser satisfecha por el acto de la expropiación. Pero esto no significa que los jueces carezcan de competencia para revisar el acto legislativo con motivo de su aplicación a un caso concreto, a fin de verificar su razonabilidad con relación a las libertades que se limitan o el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Constitución.

La facultad del órgano legislativo no es absoluta ni ilimitada (814). De modo que ella no puede ser ejercida de manera arbitraria (815) y carente de razonabilidad en perjuicio del derecho constitucional de propiedad de la persona afectada. En tales casos, es revisable judicialmente el contenido de la declaración de utilidad pública y la extensión dispensada por el legislador al acto expropiatorio.

---

(812) Fallos CS 33:162.

(813) MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, p. 178, ob. cit.

(814) Doctrina de la Corte Suprema de Justicia en los casos "*Municipalidad de la Capital c. Elortondo*" (Fallos 33:162); "*Gobierno de la Nación c. Ingenio San Martín del Tabacal*" (Fallos 209:401), entre otros.

(815) Conf. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, p. 108, ob. cit.; GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 340, ob. cit.

## 249. CALIFICACIÓN LEGAL

En forma categórica, la Constitución establece, en su art. 17, que la expropiación debe ser impuesta por ley. No se trata de una facultad concurrente de los órganos legislativo y ejecutivo, o de una potestad que pueda ser ejercida en forma indistinta por cualquiera de ellos, sino de una potestad indelegable y exclusiva del Congreso Nacional o, en su caso, de las legislaturas provinciales.

La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley, lo cual importa privar de validez constitucional a todo acto expropiatorio dispuesto por el órgano ejecutivo que esté desprovisto de un fundamento legal.

La calificación por ley de la utilidad pública no significa que necesariamente la norma deba determinar e individualizar los bienes a expropiar. Será suficiente que ellos sean determinables en función del procedimiento que a tal efecto prevea la ley. Lo que resulta constitucionalmente ineludible es la calificación legal de la utilidad pública, que no podrá ser efectuada por otro organismo que no sea el Congreso o, en su caso, la legislatura provincial, a través de un acto específico que es la ley (816), tanto en sentido material como formal.

## 250. INDEMNIZACIÓN PREVIA

El art. 17 de la Constitución exige que la expropiación sea previamente indemnizada. Se trata de la justa compensación debida al propietario con motivo de la limitación impuesta a su derecho de propiedad. La falta de indemnización, ya sea total o parcial, configura un caso de confiscación expresamente prohibido por la Constitución.

La indemnización, como requisito fundamental de la expropiación, debe ser actual, total y previa (817).

La actualidad, como elemento integrante del concepto de indemnización justa, significa que el expropiado debe ser resarcido del valor que tienen los bienes al momento de su transferencia. Esa transferencia se opera cuando se cumplen tres requisitos: 1) conformidad del expropiado con el monto indemnizatorio estimado por el

---

(816) Fallos CS 85:303; 209:401.

(817) MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, p. 252, ob. cit.

expropiante o existencia de un monto definitivo establecido por sentencia judicial firme; 2) toma de posesión del bien por el expropiante; 3) pago de la indemnización.

La indemnización debe ser total, en el sentido de abarcar el valor objetivo del bien y todos los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación.

El valor objetivo del bien es el que tiene en plaza al tiempo de la expropiación, sin tener en cuenta la gravitación que sobre el mismo pudiera tener el acto de la expropiación. El mayor o menor valor del bien como consecuencia de la expropiación no debe ser considerado para la determinación del monto indemnizatorio.

La indemnización también debe incluir todos los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación y que ocasionan una merma patrimonial para el expropiado. Así, cabe incluir entre ellos los gastos de mudanza, los perjuicios ocasionados por el cierre de un establecimiento empresario y los costos por las mejoras contratadas por el propietario antes de la expropiación y pendientes de ejecución. Pero no son indemnizables los valores afectivos, ya que, por ser esencialmente subjetivos, no integran el concepto de valor objetivo. Tampoco es indemnizable el lucro cesante y la ganancia hipotética que razonablemente aspiraba a obtener el propietario de no operarse la expropiación. Asimismo, no puede ser indemnizado el mayor valor que eventualmente adquiriera el bien debido a la expropiación.

Compartimos la postura doctrinaria que le asigna carácter indemnizatorio al valor histórico y al valor panorámico que puedan tener los bienes expropiados (818). El carácter justo de la indemnización debe incluir todos aquellos valores complementarios del valor material del bien que se reflejan en su precio de mercado. Si un bien tiene un valor adicional a raíz de los hechos históricos con los que se relaciona, o por su particular ubicación física, el mismo debe ser indemnizado.

La indemnización debe ser previa a la transferencia de la propiedad y, en principio, debe ser hecha efectiva mediante el pago de una suma de dinero, salvo que medie conformidad del expropiado. Sin esa conformidad, el pago de la indemnización no podrá materializarse mediante la entrega de bienes, títulos públicos o reconocimiento de créditos. Tal es el criterio adoptado por el art. 12 de la ley 21.499,

---

(818) MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, p. 232, ob. cit.

aunque, como el mismo no tiene fundamento legal sino constitucional, debe ser respetado por toda ley que regule la materia expropiatoria.

### 251. RETROCESIÓN

La retrocesión es la facultad concedida al sujeto expropiado para reclamar el reintegro a su patrimonio del bien expropiado, previa deducción del monto indemnizatorio oportunamente percibido.

Esta acción, prevista por el art. 35 de la ley 21.499, tiene por objeto preservar el derecho de propiedad ante la desnaturalización, en los hechos, de la calificación de utilidad pública efectuada por la ley expropiatoria.

Su procedencia, que está condicionada a la manifestación de voluntad del sujeto expropiado, se puede concretar en dos casos: 1) cuando al bien expropiado se le asigna un destino diferente al establecido en la ley de expropiación y que en su momento justificó la expropiación; 2) cuando el expropiante no le asigna destino alguno al bien expropiado durante un lapso de dos años desde que quedó perfeccionada la expropiación (art. 35 de la ley 21.499).

El cambio de destino del bien, o su no afectación a la razón de utilidad pública invocada como fundamento legal de la expropiación, ponen en evidencia que la limitación a la propiedad no fue real en sus fundamentos, y que esa falta de causa justifica volver las cosas a su estado anterior si esa es la voluntad del sujeto expropiado.

### 252. OCUPACIÓN TEMPORÁNEA

La ocupación temporánea, como instituto incorporado por la ley 21.499, es una limitación transitoria al derecho de propiedad, consistente en la toma de posesión del sujeto activo de un bien o cosa determinados, mueble o inmueble, o de una universalidad determinada de bienes, por razones de utilidad pública.

La ocupación temporánea, como limitación al derecho de propiedad, no está expresamente prevista en el texto constitucional. Sin embargo, y como consecuencia de una interpretación teleológica, sistemática y dinámica de la Constitución, no cabe duda sobre su viabilidad constitucional.

Si la Ley Fundamental admite una limitación absoluta y definitiva al derecho de propiedad, como lo es la expropiación, no existe

razón valedera para desconocer una limitación parcial y transitoria a ese derecho fundada en iguales razones que la expropiación.

Mientras que con la expropiación se transfiere la propiedad de un bien, con la ocupación temporánea se limita la potestad de uso y goce del propietario por un lapso determinado o determinable. Además, en ambos casos se requiere una causa de utilidad pública y la previa indemnización.

La ley 21.499 distingue entre la ocupación normal y la anormal. En ambas, la causa jurídica reside en la utilidad pública. Pero la ocupación anormal es la que está determinada por una necesidad grave que debe ser satisfecha con urgencia y sin dilaciones, razón por la cual puede ser dispuesta directamente por la autoridad administrativa, y no da lugar a indemnización alguna, salvo la reparación de los daños o deterioros causados al bien (art. 59 de la ley 21.499).

Para fundamentar la improcedencia de la indemnización en el caso de la ocupación anormal, se invoca el deber de solidaridad social (819). Así, se destaca que la ocupación de un automotor para transportar a un enfermo grave hasta un hospital no podría dar derecho a una indemnización sin vulnerar una conducta impuesta por la moral según lo previsto en el art. 19 de la Constitución.

Sin embargo, en mayor o menor grado, la solidaridad social se presenta en todos aquellos casos en que se procede a limitar el derecho de propiedad. Entendemos que en la ocupación anormal podrá resultar prácticamente imposible satisfacer el requisito constitucional de la indemnización previa, lo cual tornará viable la ocupación del bien sin dar cumplimiento a esa condición en forma anticipada. Pero ello no significa que el propietario no deba ser indemnizado posteriormente por la privación del uso del bien, a menos que se acepte la doctrina de la propiedad privada como función social que, según nuestro punto de vista, no se compadece con una interpretación teleológica de la Constitución. Si el Estado carece de los medios indispensables para satisfacer una necesidad apremiante, puede apropiarse de la propiedad privada, pero el particular debe ser debidamente resarcido por la privación momentánea de su derecho a usar y gozar de su propiedad. Pero nadie puede ser obligado a desprenderse gratuitamente del fruto de su trabajo como es la propiedad privada.

---

(819) MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, p. 399, ob. cit.

### 253. REQUISICIÓN

La requisición, como limitación al derecho de la propiedad, consiste en la apropiación de bienes particulares como medida de carácter general aplicable a toda persona y con el propósito de satisfacer necesidades generales y públicas provocadas por una crisis económica o por un estado de guerra.

La requisición, prevista por la ley 16.970 de defensa nacional, está condicionada, en orden a su validez jurídica, por tres requisitos: 1) la causa de utilidad pública que motiva el acto; 2) la indemnización; 3) constancia escrita de la orden de requisición entregada al requisado y la recepción del bien objeto de la requisición.

En forma categórica, el art. 17 de la Constitución prohíbe las requisiciones, con expresa referencia a los cuerpos armados. Tal disposición respondió al propósito de prevenir y evitar un procedimiento usual durante el período anterior al de la sanción de la Constitución, cuando, en el curso de las luchas internas, se ejecutaban requisiciones de diversos bienes para solventar las necesidades de los cuerpos armados.

Esas requisiciones constitúan verdaderos impuestos y exacciones establecidos por los jefes militares, en donde el interés de las facciones se imponía sobre el interés de una sociedad que aspiraba a organizarse, privando a los habitantes de toda defensa frente al abuso y la irrazonabilidad generados por el caos, el desorden y la inexistencia de una autoridad común que disfrutara de un reconocimiento legítimo (820).

La finalidad de los constituyentes, mediante la inserción de la prohibición contenida en el art. 17 de la Ley Fundamental, fue la de evitar los saqueos o pillajes de las bandas armadas que asolaban el territorio nacional disponiendo abusivamente de la vida y los bienes de los particulares (821).

Esa prohibición absoluta cede frente a las requisiciones militares dispuestas bajo la vigencia de un sistema constitucional. De tal modo, las requisiciones militares, reguladas normativamente e impuestas respondiendo a las razones de necesidad y urgencia generadas por una confrontación bélica, son constitucionalmente válidas si están acompañadas por una indemnización suficiente para preservar la intangibilidad patrimonial (822).

---

(820) JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, p. 145, ob. cit.

(821) RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, t. III, p. 481, ob. cit.

(822) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, p. 134, ob. cit.

Pero además de las requisiciones militares que se llevan a cabo bajo las condiciones previstas en la ley 16.970, un sector prestigioso de la doctrina nacional ha extendido su viabilidad al ámbito civil para satisfacer necesidades sociales concretas (823). Se trata de situaciones súbitas, imprevisibles, sumamente graves, generadoras de un real estado de necesidad, que no tendrían solución eficaz mediante la aplicación de los procedimientos usuales. Por otra parte, entre los autores que admiten la requisición civil, algunos condicionan su procedencia a una causa de utilidad pública con prescindencia de la necesidad urgente (824). Este tipo de necesidad sería solamente el elemento determinante del momento en que debe ser efectuado el pago de la indemnización. Ese pago podrá ser efectuado con posterioridad a la requisición.

Es materia opinable si son factibles constitucionalmente las requisiciones en el ámbito civil. Es que su aplicación en la esfera civil constituye una de las tantas muestras del paulatino retroceso de las libertades y derechos del hombre frente al crecimiento del poder estatal (825). De todos modos, su aplicación está condicionada doctrinariamente a un estado de necesidad cuya tipificación genérica corresponde al órgano legislativo y cuya caracterización específica es función del órgano ejecutivo del gobierno.

La frecuente lesión a las libertades del hombre, con la consecuente degradación de su dignidad, sobre la base de doctrinas autoritarias que se desenvuelven bajo la permanente invocación del "estado de necesidad", la "seguridad nacional", la "seguridad del Estado" y otras concepciones similares, revelan que su aplicación se opone a la fundamentación filosófica de la Constitución Nacional, que prevé los remedios ordinarios y extraordinarios para satisfacer, tanto en situaciones normales como anormales, los requerimientos sociales

---

(823) MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t IV, p. 429, ob. cit.

(824) MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t IV, p. 434, ob. cit. Para BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO, la requisición es un medio jurídico de emergencia para atenuar graves perturbaciones en el orden social, *Derecho Administrativo*, t I, p. 511, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1956. En igual sentido, considerando a la requisición civil como última ratio para satisfacer las necesidades de la población en casos extraordinarios, se pronuncia RAFAEL BIELSA, *Principios de Derecho Administrativo*, p. 840, Ed. El Ateneo, Buenos Aires 1949.

(825) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA limita la aplicación de las requisiciones al ámbito militar, condicionada a una necesidad imperiosa y a la indemnización del particular afectado, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t V, ps. 130/135, ob. cit.

sin apartarse de su objetivo básico, que es la tutela de la libertad y dignidad del ser humano.

En una democracia constitucional culturalmente consolidada, el "*estado de necesidad*" como factor que justificaría el apartamiento de los preceptos constitucionales es una hipótesis inadmisibles. La solución siempre deberá ser encontrada en el marco de la Constitución, y ese imperativo no admite excepciones, que con lamentable frecuencia se transforman en reglas generales, desembocando en la desconstitucionalización y el autoritarismo.

Pero inclusive aceptando la validez de las requisiciones en la esfera civil, su procedencia está condicionada a ciertos requisitos, entre los cuales cabe citar los siguientes: 1) la utilidad pública; 2) la indemnización al requisado; 3) constancia escrita de la orden de requisita; 4) ley que regule la requisición; 5) cumplimiento del procedimiento legal previsto para la requisición (826).

#### 254. DECOMISO

El decomiso es una limitación al derecho de propiedad impuesta por ley, que se traduce en la pérdida de una cosa mueble sin que el propietario tenga derecho a percibir una indemnización.

El decomiso puede ser aplicado como sanción, principal o accesoria, con motivo del incumplimiento de una norma legal. Así, el decomiso de bienes cuya tenencia prohíbe la ley o que fueron instrumentos materiales utilizados para la comisión de un delito. También puede ser aplicado en virtud del ejercicio del poder de policía para preservar la seguridad, la moralidad o la salubridad públicas. Bajo tales condiciones, cabe el decomiso de bienes muebles que sean potencialmente peligrosos para aquellos valores, tales como las sustancias tóxicas o animales salvajes.

Como limitación al derecho de propiedad, su causa debe ser la utilidad pública. Asimismo, conforme a los arts. 14 y 17 de la Constitución, el decomiso debe estar previsto en una ley general o especial y su razonabilidad, en el caso concreto, debe ser manifiesta. En virtud de los riesgos potenciales que acarrea la cosa para la sociedad corresponde, como regla general, disponer su destrucción. Sin embargo, cuando el decomiso reviste el carácter de una sanción,

---

(826) MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, p. 434, ob. cit.



o cuando la utilidad pública así lo imponga razonablemente, podrá disponerse la conservación por la autoridad pública de la cosa objeto del decomiso. Asimismo, en el decomiso penal, es procedente disponer la subasta de los bienes.

## 255. SERVICIOS PERSONALES

El art. 17 de la Constitución dispone que ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Si bien no se trata de una limitación directa para la libertad de propiedad, gravita indirectamente sobre ella, en la medida en que todo servicio personal es una actividad productiva susceptible de generar resultados apreciables económicamente que incrementan el patrimonio de una persona.

Los servicios personales pueden ser privados o públicos. Los privados son consecuencia de las relaciones contractuales que celebran los particulares, y que para las partes tienen fuerza de ley, produciendo obligaciones exigibles judicialmente, en tanto no sean contrarias al orden y a la moral pública, o sean consecuencia de un ejercicio abusivo del derecho. Bajo tales condiciones, la prestación de servicios personales privados puede ser impuesta por sentencia judicial o traducirse en un resarcimiento compensatorio.

Los servicios personales públicos son aquellos cuya prestación puede ser exigida con carácter obligatorio por el Estado. Son cargas impuestas por el Estado, de manera razonable y respetando el principio de igualdad, para satisfacer las necesidades de la organización política global, o servicios impuestos como sanción u obligación en salvaguarda del bien común.

La Constitución no prohíbe la imposición de servicios personales públicos, pero sí exige que ellos estén previstos por la ley o establecidos por una sentencia judicial fundada en ley.

La ley puede exigir, en un plano de igualdad, la prestación obligatoria y razonable de determinados servicios relacionados con la defensa del sistema constitucional y del Estado, tales como el servicio militar, el servicio de defensa civil, los servicios electorales y otros ligados con la subsistencia del orden constitucional y la estructura política de la sociedad. La propia Constitución, en su art. 21, impone a los ciudadanos la obligación de armarse en defensa de la Patria y de la Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Poder Ejecutivo.

Si bien el Estado puede exigir, en forma igualitaria y razonable, la prestación de servicios personales públicos, entendemos que ellos no pueden ser impuestos en forma gratuita, con excepción de aquellos casos que revistan el carácter de una carga pública de carácter institucional. Así como el hombre no puede ser privado de su propiedad sin la pertinente indemnización justa, tampoco puede ser privado de la libre disponibilidad de su tiempo, esfuerzo y talento sin una compensación razonable.

## 256. CONFISCACIÓN

La propiedad privada, en su condición de libertad esencial del hombre, móvil y estímulo de la producción eficiente y acicate del trabajo, es incompatible con la confiscación.

La confiscación no consiste en una limitación al derecho de propiedad, sino en la negación de ese derecho. Es el acto por el cual se priva a una persona de parte o de la totalidad de sus bienes, ya sea con el carácter de sanción penal o en virtud de cualquier causal de índole civil, fiscal, laboral o administrativa, sin que medie una causa de utilidad pública calificada por ley y sin la previa indemnización.

Reviste carácter confiscatorio el acto que se traduce en el despojeramiento de los bienes de una persona, como también todo aquel que, en forma directa o indirecta, grava el patrimonio de una persona desnaturalizando la esencia del derecho de propiedad privada.

La Constitución Nacional, en su art. 17, establece que la confiscación de bienes queda borrada para siempre del código penal argentino. La relación atribuida a la confiscación con el código penal obedeció a que, desde la antigüedad, la confiscación era una sanción penal, muchas veces aplicada por razones políticas, en virtud de la cual una persona era desposeída de todos sus bienes en beneficio del Estado o de otras personas.

Sin embargo, la naturaleza de la confiscación no la circunscribe al ámbito penal. En definitiva, son confiscatorios todos aquellos actos del poder por los cuales, sin ley o sentencia judicial fundada en ley, o sin causa de utilidad pública calificada por ley, o sin respetar el principio de igualdad o de razonabilidad, o sin indemnización previa, se cercena total o parcialmente el patrimonio de una persona, desconociendo su derecho de propiedad. En tal sentido, puede resultar confiscatoria una multa, un impuesto, una tasa, una contribución especial y todo acto gubernamental lesivo para el patrimonio de una persona.

La confiscación vedada por el art. 17 de la Ley Fundamental no debe ser entendida restrictivamente, limitando sus alcances tan sólo a los actos consistentes en privar a una persona de la totalidad o parte de sus bienes. Su significado constitucional es amplio y comprensivo de toda acción que, con el pretexto de reglamentar el derecho de propiedad, supera el límite establecido por el art. 28 de la Constitución Nacional. Tal fue lo que aconteció en el año 2002 (827).

También revisten carácter confiscatorio determinados actos estatales que se traducen en una merma ilegítima del derecho de propiedad de una persona.

La política fiscal, económica y social suele traducirse en actos confiscatorios con la sugestiva y patológica pasividad de las autoridades gubernamentales, incluyendo a los magistrados judiciales.

En la ley de Abastecimiento 20.680, se encuentran varias vías indirectas que legalizan la confiscación, tornando manifiestamente inconstitucionales a sus normas (828).

Establece que rige toda transacción, servicio o prestación, cualquiera sea su finalidad o destino, abarcando todo el proceso económico y de actividad económica (art. 1°). Faculta al Poder Ejecutivo, por sí o los organismos que autorice, para regular cualquier etapa en el desarrollo de esas transacciones, servicios o prestaciones, estableciendo precios máximos o mínimos, o márgenes de utilidad, precios de sostén o fomento; regular la comercialización, intermediación, distribución y producción de bienes y servicios; obligar a continuar con la producción o comercialización de bienes y de prestación de servicios bajo las condiciones y modalidades que establezca la autoridad; prohibir o restringir exportaciones; intervenir en las explotaciones agropecuarias, forestales, mineras, pesqueras, industriales, comerciales y de transporte, disponiendo de los elementos que generen (art. 2°).

Las autoridades provinciales pueden adoptar iguales medidas en tanto la Nación no decida ejecutarlas (art. 3°).

La ley sanciona a quienes eleven injustificadamente los precios sin relación con el aumento de costos; a quienes obtengan ganancias abusivas; la revalorización de existencias; acaparar bienes; crear etapas innecesarias en la distribución y comercialización de bienes; destruir bienes o impedir la prestación de servicios; negarse a vender

---

(827) Ver capítulo XI.

(828) La ley sancionada el 20 de junio de 1974 y rigió hasta que fue suspendida por el decreto 2284/91 el 1° de noviembre de 1991.

bienes o prestar servicios; violar cualquier disposición que imponga la autoridad con carácter complementario o extensivo (art. 4°).

Las sanciones impuestas por la ley son de multas de hasta \$ 1.000.000; arresto de hasta noventa días; clausura del establecimiento hasta noventa días; inhabilitación para obtener o renovar créditos de toda entidad financiera hasta por dos años; comiso de bienes; inhabilitación para ejercer el comercio y la función pública de uno a cinco años; suspensión del uso de patentes y marcas por tres años; en caso de especial gravedad, pena de prisión de seis meses a cuatro años (art. 5°).

Los funcionarios administrativos quedan habilitados para requerir el auxilio de la fuerza pública; allanar domicilios comerciales o industriales; secuestrar documentación; apropiarse de bienes en infracción; clausurar locales hasta por treinta días; solicitar al Poder Ejecutivo, o autoridad que designe, la detención preventiva de los presuntos infractores (art. 12).

Las sanciones impuestas por la autoridad administrativa son apelables, dentro de los cinco días y en forma fundada, ante los jueces federales del interior, o del fuero en lo Penal Económico de la Capital Federal (art. 16).

De mediar un estado de emergencia económica, se declaran de utilidad pública y sujetos a expropiación todos los bienes destinados a la sanidad, alimentación, vestimenta, higiene, vivienda, cultura e insumos para la industria. La indemnización equivale al precio de costo y hasta un 10 % del valor que no podrá exceder el precio máximo fijado para el bien (art. 26).

Asimismo, si hay una urgente necesidad pública, el Poder Ejecutivo puede secuestrar y vender los bienes, consignando judicialmente el precio obtenido (art. 27).

La simple lectura del texto legal, cuya fuente fueron las normas sobre agio y especulación dictadas por el régimen fascista que imperó hasta 1955, revela que se aparta de los principios y garantías más elementales de la Ley Fundamental.

Su aplicación, aún morigerada, hasta 1989 fue objeto de severas críticas que no hicieron mella en la dirigencia política, y fomentaron gravemente la corrupción administrativa. La norma fue suspendida en 1999 por el decreto 2284/91, luego ratificado por ley con la salvedad de la facultad de dictar normas para regular la comercialización, intermediación, distribución o producción de bienes (829).

---

(829) El decreto 2284/91 dispuso que la norma sólo podía ser restablecida por ley del Congreso.

Precisamente, la aplicación de la norma no suspendida, fue dispuesta por el Secretario de Coordinación Técnica, Mario G. Moreno, el 20 de abril de 2006 mediante la resolución 1/06. Ni siquiera por un decreto del Poder Ejecutivo.

De manera arbitraria y confiscatoria impuso "*precios de referencia*" para los productos de la industria cárnica, con sujeción al régimen de la ley 20.680. Simultáneamente se prohibió la exportación de tales productos con el objeto de reducir su precio en el mercado interno, pero a un costo económico y social significativo: la vulneración de derechos adquiridos por los exportadores; la pérdida de mercados; la reducción o suspensión de actividades en los frigoríficos que acarreó la pérdida de miles de fuentes de trabajo; la norma de las inversiones en el sector ganadero; la reducción del stock ganadero.

Tales medidas, junto a las presiones ilícitas ejercidas por el órgano ejecutivo, con la complacencia temerosa de las mayorías legislativas, sobre los productores y prestadores de servicios, configuró una suerte de confiscación al desconocer derechos adquiridos y provocar dolosamente, la pérdida de fuentes de trabajo que, como tales, son generadoras de la propiedad privada.

## 257. LIBERTAD ECONÓMICA

La libertad económica, que guarda una estrecha relación con la libertad de propiedad, abarca toda actividad humana destinada a generar riqueza mediante el desarrollo de los factores productivos. Las libertades de contratar, de comercio e industria, de ejercer profesiones liberales y toda actividad susceptible de producir bienes, quedan englobadas en la libertad económica cuando persiguen una finalidad de tal índole.

Si bien la Constitución no menciona de manera expresa a la libertad económica, en varias de sus cláusulas encontramos referencias a actividades que la configuran.

La Ley Fundamental reconoce a los habitantes de la Nación el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita, así como también el de navegar y comerciar (art. 14). Extiende a los extranjeros todos los derechos civiles reconocidos a los ciudadanos, con referencia expresa al ejercicio de la industria, comercio y profesión; posesión, compra y enajenación de bienes raíces, navegación de ríos y costas (art. 20). Establece la libre circulación territorial interna de los efectos de la producción o fabricación, géneros y mercancías de toda clase, ganados, carruajes, buques y medios de transporte (arts. 10 y 11). Dis-

pone que el Congreso Nacional debe proveer lo conducente para promover la industria, 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, quedando facultado para sancionar, a tales efectos, leyes protectoras, concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo (art. 75, inc. 18). Este deber impuesto al Congreso por el art. 75, inc. 18, es concurrente con la facultad provincial prevista en el art. 125 de la Constitución.

El sistema económico de la Constitución está basado sobre la libertad y el reconocimiento de la propiedad privada. Tengamos presente que, los fines de la Ley Fundamental, son la libertad y dignidad de las personas expresadas tanto en el ámbito político, como en el económico y filosófico. Sin libertad económica, no existe la libertad política ni la libertad que caracteriza a una convivencia social pacífica, armónica y respetuosa de los derechos de todos los habitantes. Asimismo, sin libertad política, no habrá libertad económica ni se manifestará aquel tipo de convivencia. Por otra parte, si no se garantiza aquella convivencia armónica, que presupone la plena vigencia de la Constitución, tampoco habrá libertad política ni económica. La libertad y dignidad anhelada por los constituyentes debe exteriorizarse en los tres ámbitos de modo simultáneo.

En el sistema constitucional argentino, la actividad económica está prevista, sustancialmente, como una actividad privada que es consecuencia del ejercicio de la libertad que ampara la Ley Fundamental. Sin embargo, a partir de 1930 cobró impulso una concepción de raíz socialista que, paulatinamente, fue desplazando a la actividad privada del ámbito económico para sustituirla con la actividad estatal.

En rigor, semejante concepción, fruto de la crisis económica producida después de la Primera Guerra Mundial, se había generalizado en Europa, forjando la creencia de que la intervención económica del Estado era el remedio más apropiado para satisfacer las necesidades materiales de los pueblos. Por esa vía, la economía dirigida y desarrollada por el Estado fue allanando la libertad económica privada, atrofiando la iniciativa individual y creando un sistema en donde la corrupción en la función pública era una modalidad corriente. La intervención económica del Estado trajo aparejada una sensible degradación de las libertades más elementales del hombre, en función de metas transpersonalistas claramente expuestas por los sistemas totalitarios gestados por el nacional socialismo, el fascismo, el socialismo científico y sus diversas variantes.

Linares Quintana advierte que, con honda y amarga desilusión, el mundo asiste hoy al fracaso del dirigismo económico. Durante varios lustros muchos creyeron que la economía dirigida era la milagrosa panacea, tantos años esperada, que por arte de magia solucionaría todos los problemas habidos y por haber en el campo de la economía de las naciones. Atribuyose al Estado liberal la culpa de todos los males que afligían al ser humano, a la vez que se quería ver en la mano del Estado la providencia, la varita encantada, el único medio capaz de eliminar el sufrimiento y la miseria y de conseguir la felicidad del individuo en la tierra. Y buscando el vellocino de oro del bienestar económico, el individuo vendió su libertad por el plato de lentejas del intervencionismo que, luego de rebasar la órbita económica, invadió también el campo de lo político y hasta pretendió aherrar los recónditos fueros del alma. Prometiose al hombre el bienestar material a cambio de la libertad económica, y a la postre, perdiendo ésta, no solamente no encontró aquél, sino que también viose privado de la libertad civil y política, que es lo que da razón de ser y belleza a su vida. Un espíritu malsano de sometimiento absoluto al Estado contribuyó a erigir a éste, cual real divinidad, en supremo dispensador de todos los bienes materiales y espirituales. Paulatinamente, el individuo fue abandonando, uno a uno, todos sus atributos en manos del Estado, el cual llegó a resolver, sin la intervención de los interesados, todos los problemas que afectan a la comunidad y sus miembros, y hasta a pensar por éstos. ¿Consiguió de esta manera el hombre el bienestar y la felicidad por cuyo logro pagó anticipadamente precio tan elevado? El resultado está claro a la vista, pues los hechos demuestran concluyentemente el completo fracaso del dirigismo económico, así como que una economía liberal y democrática, ordenada pero no planificada ni dirigida, fundada en el amplio respeto de la iniciativa privada y de los derechos fundamentales del hombre, es un marco adecuado para lograr una próspera economía nacional que asegure al mismo tiempo el bienestar de la comunidad y, a la vez, que el funcionamiento de un sistema económico semejante en las diversas naciones del orbe es el único medio de alcanzar la prosperidad y el bienestar en todo el mundo. La persistencia obstinada en el dirigismo económico mantendría a los Estados divididos por barreras artificiales poco menos que infranqueables, a modo de compartimientos estancos, levantadas por el egoísmo, dando como resultado la miseria en vastos sectores del planeta (830).

---

(830) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, p. 173, ob. cit.

El fracaso del dirigismo económico, al margen de cualquier elucubración teórica, es un hecho evidente a comienzos del siglo XXI. Décadas del más absoluto intervencionismo económico estatal sumergieron en la pobreza o en la más cruda miseria a los pueblos europeos que padecieron el totalitarismo comunista, a la Alemania nacional socialista y a la Italia fascista; impidieron el desarrollo económico de la España franquista y de Portugal, en su momento, y otro tanto sucedió en los países sudamericanos, sometidos a frecuentes rupturas de sus ordenamientos constitucionales y a regímenes dictatoriales con sus secuelas inevitables de corrupción y degradación espiritual del hombre. En todos estos casos, sugestivamente, el cercenamiento de las libertades económicas fue acompañado con la anulación de las libertades políticas y, en muchos de ellos, con las más devastadoras persecuciones raciales, sociales o políticas, que condujeron al aniquilamiento de millones de vidas humanas.

En cambio, en aquellos países que respetaron la iniciativa privada en materia económica, o que la restablecieron después de la Segunda Guerra Mundial, el nivel de la vida material y espiritual de sus poblaciones crece permanentemente, ofreciendo respuestas acertadas para satisfacer las múltiples necesidades sociales. Además, y también sugestivamente, en esos países se aplican sistemas políticos democrático constitucionales de neto corte personalista. Esto no significa que en ellos todas las necesidades sociales estén debidamente satisfechas, pero paulatinamente es cada vez mayor el sector de la población que accede a los beneficios que genera una actividad económica libre y privada.

Resulta muy ilustrativa la comparación de la evolución económica operada entre la otrora República Federal de Alemania (Occidental) y la Alemania Democrática (Oriental) durante los años 1945 a 1991. Ambas estaban totalmente arruinadas económicamente al concluir la Segunda Guerra Mundial. En la primera se aplicó un sistema democrático constitucional, con un régimen económico libre y privado; en la segunda rigió un sistema comunista, con una economía en manos del Estado. Cuatro décadas después, la primera era una potencia económica mundial, que registraba uno de los niveles de vida más elevados; la segunda integraba el grupo de los países subdesarrollados económicamente. Al producirse la unificación de Alemania, no hubo duda alguna en aplicar el sistema político y económico de la Alemania Occidental.

La relación entre los sistemas políticos y los sistemas económicos es comprensible si recordamos que la libertad es un género que engloba a varias especies. De modo que la desnaturalización de cualquiera de sus manifestaciones —en nuestro caso la libertad econó-



mica— conduce a la negación de la libertad. Es un grave error, aunque lamentablemente frecuente, propiciar la libertad política y el dirigismo económico, porque no se advierte que sin una auténtica y responsable libertad económica no puede haber libertad política.

También constituye un grave error creer, bajo la invocación de un humanismo totalitario, que la libertad económica es sinónimo de desenfreno y explotación humana. La libertad económica, al menos tal como aparece tipificada en la Constitución Nacional, no es absoluta en su proyección jurídica. Como toda libertad, es relativa y se halla limitada por las leyes reglamentarias, que procuran razonablemente armonizar el interés individual con el interés de la comunidad, aunque sin caer en el extremo que representa desconocer o negar a cualquiera de las especies del género libertad.

Pero, en el caso concreto de la Argentina, la depreciación social del valor que conforma la propiedad privada, determinó que fuera posible someterla a severas restricciones y desconocimientos en el curso de los últimos setenta años. Cada vez que se produjo una crisis económica, por la falta de aptitud e idoneidad de los gobernantes de turno para preverlas, adoptando las medidas conducentes en tiempo oportuno, la solución consistió, invariablemente, en imponer restricciones arbitrarias a la propiedad privada y, por ende, a la iniciativa económica individual basada sobre el conocimiento y la creatividad. Pero lo cierto es que, con la salvedad de breves períodos, permanentemente estuvimos sumergidos en crisis económicas. Crisis que siempre se procuró remediar desconociendo la propiedad privada y el rol fundamental que tiene su fuente primaria, que es el trabajo.

La reducción caprichosa de los salarios, que genera la propiedad privada del trabajador; la aplicación de alícuotas impositivas irrazonables que deprimen la actividad productiva, con la consecuente reducción de las fuentes de trabajo; las políticas arancelarias que impiden otorgar un valor agregado a los productos agropecuarios; la congelación de los alquileres y las prórrogas de las locaciones, con su secuela de inseguridad jurídica y deterioro de la industria de la construcción; la confiscación de bienes como, en su momento, lo configuró el "ahorro forzoso"; los agudos procesos inflacionarios; las trabas impuestas para el desenvolvimiento de un sistema financiero sólido, que facilitaron la cobertura del despilfarro y de los gastos improductivos del Estado; la apropiación estatal de los haberes jubilatorios, conservados a valores nominales; y múltiples medidas similares que se han sucedido sin discontinuidad, revelan que la solución de las crisis económicas, forjadas por la ineptitud de ciertos gobernantes y dirigentes, tanto políticos como sociales, se trató de

concretar acudiendo a la apropiación de los bienes que integran la propiedad privada de los individuos. Además, es sugestivo que ese proceso de crisis no pudo ser remediado con semejantes decisiones. Por el contrario, cada rebrote de una crisis económica presentó similar o mayor intensidad que la precedente.

Por otra parte, en los lapsos que transcurrieron entre cada crisis, los gobernantes se esmeraron por introducir una serie de privilegios que, claro está, fueron y son solventados por la propiedad privada de los individuos, y en desmedro de una mejora en las condiciones laborales y productivas.

La fijación de remuneraciones desproporcionadamente elevadas, y ocultas bajo el título de "*gastos reservados*", para ciertos funcionarios públicos; las autorizaciones para incurrir en gastos extraordinarios; el incremento de los gastos reservados; los privilegios impositivos; la ejecución de proyectos y obras improductivas; la ausencia de controles eficaces para erradicar la corrupción de la función pública; fueron medidas que, con el curso del tiempo, concluyeron siendo consideradas como indispensables y necesarias para la prosecución de la actividad estatal.

Sin embargo, todas ellas distaban de dar cumplimiento a las exigencias provenientes de la austeridad propia de la ética republicana. A ellas, se añadieron las llamadas jubilaciones de privilegio, cuya inmoralidad no reside en el monto que perciben los beneficiarios. Ella se centra en el hecho de beneficiar a individuos que no cumplen con las condiciones que, a tales fines, impone la legislación ordinaria para el trabajador común. Además desnaturalizan la función social de tales previsiones al beneficiar, muchas veces, a individuos que prosiguen ejerciendo actividades lucrativas y el haber jubilatorio se transforma en un ingreso adicional que no necesitan para la cobertura de sus necesidades primarias. Pero, ¿de dónde provienen los recursos afectados a satisfacer tan descalificables privilegios?, pues de la propiedad privada individual.

La culminación de esta ofensiva contra la propiedad privada, presenta su máxima expresión en el siglo XXI. El Estado, debido a la torpeza e ineficiencia de sus dirigentes, dejó de honrar sus obligaciones y, además, con descaro, se apropió de los bienes de sus ciudadanos en el año 2002. Con absoluta impunidad defraudó a todos aquellos que le prestaron sus ahorros adquiriendo títulos de la deuda pública; a todos aquellos que, sobre la base de la ley de convertibilidad y la promesa formulada por el Congreso, volcaron sus ahorros en moneda extranjera dentro del sistema financiero, creyendo que contribuirían al desarrollo de las actividades producti-

vas; a todos aquellos que hicieron lo propio con recursos expresados en moneda nacional e, inclusive, a los que sin recibir compensación alguna, depositaron valores de sus propiedades privadas en depósitos de cuentas corrientes bancarias; a todos aquellos que contrajeron deudas en moneda extranjera para comprar una vivienda o perfeccionar tecnológicamente a sus empresas, así como también a quienes, como contrapartida, les aportaron su propiedad privada.

Todos ellos fueron víctimas de una defraudación no necesariamente en el significado jurídico del vocablo, pero sí éticamente. Y, el autor de semejante atropello, fue el Estado en la persona de gobernantes ineptos que, aparentemente, no están dispuestos a guardar el debido respeto hacia los derechos humanos de los individuos.

Hasta el presente, la acción estatal para paliar las crisis, se había circunscripto a ciertos sectores sociales aunque, indirectamente se trasladaba a toda la sociedad, y a las futuras generaciones, sin que sus integrantes tuvieran real conciencia de sus efectos. Esto generó cierta indiferencia social, un egoísmo sectorial y ausencia de solidaridad que era consecuencia de aquel demérito de la propiedad privada. Pero, con las medidas económicas y jurídicas adoptadas a partir de diciembre de 2001, la negación del derecho a la propiedad privada se extendió a todos los sectores de la ciudadanía. No solamente a los ahorristas, sino también a quienes no podían acceder a tal categoría y que ni siquiera pueden conservar los puestos de trabajo que les permitían sobrevivir con una relativa dignidad.

La necesidad de solventar los gastos de un Estado macrocefálico desembocó en una suerte de confiscación masiva, el deterioro o destrucción de numerosas empresas, la sensible reducción de las fuentes de trabajo y una sensación de desasosiego en millares de jóvenes que ven frustradas sus legítimas esperanzas por la grosera torpeza de las generaciones que los precedieron.

Bien decía Alberdi que, *"En la formación del tesoro público puede ser saqueado el país, desconocida la propiedad privada y hollada la seguridad personal; en la elección y cantidad de los gastos puede ser dilapidada la riqueza pública, embrutecido, oprimido, degradado el país"* (831).

Sin embargo, patológicamente, si bien cada individuo protesta —y con razón— porque se lesionó su derecho a la propiedad privada, no se advierte la manifestación de una conciencia colectiva sobre

---

(831) ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Obras Selectas, t. XIV, p. 397.

cuál es el derecho masivamente lesionado y que, por más pequeño que sea el sector social afectado, corresponde un firme rechazo solidario de la sociedad porque, en definitiva, se lesionó un derecho humano. La ausencia de esa conciencia colectiva es uno de los factores que nos conducen a sostener, lamentablemente, que la democracia como estilo de vida consolidado sobre la libertad política, económica y social, prosigue sujeta a un proceso de transición desde el autoritarismo, procurando arribar a la meta de una convivencia libre y digna.

En el umbral del siglo XXI advertimos que la libertad económica aparece estrechamente relacionada con la libertad de empresa cuyo desenvolvimiento produce cambios profundos en las relaciones de aquélla. En la producción mundial, se reduce sensiblemente en porcentajes la generada por la actividad agrícola ganadera, se mantiene la correspondiente a la actividad industrial y se opera un significativo crecimiento del área de servicios basada sobre la economía del conocimiento.

La expansión de la economía del conocimiento determinó que, algunos países, incrementaran las inversiones en el sector de la educación. Los índices de los bienes básicos y de la materia prima desprovista de valor agregado se han reducido a valores equivalentes al 20% de los que generaban a comienzos del siglo XX. Así, aquellos Estados que prosiguen compitiendo en el mercado internacional mediante la explotación de materias primas carentes de valor agregado son cada día más pobres.

El desarrollo de la economía del conocimiento se exterioriza objetivamente en la producción de patentes. Ellas comportan la venta de conocimientos que sirve de base a aquella y que tiende a sustituir a una economía de bienes básicos (832).

Una muestra elocuente de esta evolución es la industria genómica que comenzó a desarrollarse a partir de la determinación del genoma humano. La industria genómica determina el actual desenvolvimiento de la industria farmacéutica, química y alimenticia, entre otras en las economías modernas, determinando índices de riqueza similares a los que provenían, hace un siglo, de la explotación de las materias primas.

Juan Enríquez Cabot nos recuerda que, ya hace más de 60 años, Einstein decía que *"Todos los imperios del futuro van a ser imperios*

---

(832) El rol de la educación y la ciencia se expresó claramente en 1999 cuando una empresa estadounidense produjo 2685 patentes mientras que, un total de 150 países sólo produjeron 2500 patentes.

*del conocimiento, y solamente serán exitosos los pueblos que entiendan cómo generar conocimientos y cómo protegerlos; cómo buscar a los jóvenes que tengan la capacidad para hacerlo y asegurarse que se queden en el país. Los otros países se quedarán con litorales hermosos, con iglesias, minas, con una historia fantástica; pero probablemente no se queden ni con las mismas banderas, ni con las mismas fronteras, ni mucho menos con un éxito económico” (833).*

Este hecho innovador solamente es posible merced a la investigación y a la educación, con el consiguiente destino de importantes inversiones en esas áreas. El dinamismo en materia económica, de carácter esencialmente progresista y destinado a satisfacer nuevas necesidades de las sociedades modernas, sólo es posible merced a la economía del conocimiento que presuponen aquella investigación y educación. Pero también, una amplia libertad que es la llave del progreso material de una sociedad (834).

## 258. DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La libertad económica, en general, y la libertad de empresa, en particular, sin mengua de su relevante importancia para la satisfacción de las necesidades sociales e individuales, no tienen carácter absoluto a igual que las restantes libertades reconocidas y consagradas en la Ley Fundamental. Ellas deben adecuarse a los lineamientos establecidos en su art. 19, aunque teniendo en cuenta que las leyes reglamentarias no pueden conducir al extremo de desvirtuar tales libertades superando los límites establecidos por el art. 28 de la Constitución.

La libertad económica presupone que sus artífices desarrollan sus actividades conforme a los principios de la buena fe, que tipifican tradicionalmente a las relaciones comerciales, y conforme a ciertas reglas que apuntan a una convivencia armónica y leal, no solamente entre tales artífices, sino también en su relación con los consumidores y usuarios. Es que, sin buena fe y convivencia armónica, no habrá libertad económica sino un desenvolvimiento abusivo de los factores de la producción que no se compadece con la idea del bien común.

---

(833) JUAN ENRIQUEZ CABOT, *Los imperios del futuro serán los imperios de la mente*, Centro de Estudios Latinoamericanos David Rockefeller, Harvard, Massachusetts 2001.

(834) ALBERTO J. EGÜES, *La Constitución y el valor de la moneda*, y RAÚL GUSTAVO FERREYRA, *Reglas constitucionales en serio*, en Suplemento Especial de La Ley, abril de 2003.

Para resguardar esa libertad económica se acude a la defensa de la competencia. Ella tiene por objeto establecer, directa o indirectamente, reglas de juego razonables que regulen los mercados económicos y la participación de sus protagonistas, aunque no solamente para proteger a los consumidores y usuarios. También, para consolidar la libertad económica por cuyo intermedio se procura concretar una distribución racional de los recursos; evitar las distorsiones artificiales en la distribución de los ingresos; sustituir, o limitar al máximo posible, la intervención directa del Estado en los mercados, con su secuela inevitable de ineficiencia, privilegios y corrupción; y generar mercados acordes con la organización política y social de una democracia constitucional (835).

La ley 25.156, de Defensa de la Competencia, es una norma de naturaleza penal que prohíbe toda conducta, relacionada con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tenga por objeto limitar, restringir o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, o que constituyan un abuso de una posición dominante en un mercado que pueda perjudicar el interés económico general. La ley no sanciona ni prohíbe el monopolio como tal, salvo si perjudica el interés general; tampoco sanciona las fusiones empresarias cuando procuran incrementar la eficiencia. No pretende tutelar al competidor o alguna persona en particular, sino a la competencia (836).

Entre los actos que prohíbe la ley figuran la fijación o concertación de precios o compra de bienes o servicios; establecer obligaciones de producir, distribuir o comprar una cantidad limitada de bienes; el reparto de zonas, mercados o clientes; impedir o trabar a terceros la entrada o permanencia en un mercado; acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios; subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro; sujetar la provisión de bienes o servicios a la condición de no requerirlos a un tercero; enajenar bienes o servicios a precios inferiores a su costo con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado. En todos estos casos debe existir una lesión para el interés económico general.

Si bien la ley no prohíbe el monopolio, establece que se disfruta de una posición dominante cuando, para cierto producto o servicio, se es el único oferente o demandante en el mercado nacional, o en

---

(835) GUILLERMO CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, t. I, p. 45 y sig., Heliasta, Buenos Aires 2005.

(836) ANIBAL REYES ORIBE y FRANCISCO IRAOLA, *Defensa de la competencia: síntesis del sistema argentino actual y proyectos de reforma*, p. 3, Revista de Derecho Industrial N° 43, Depalma, Buenos Aires 1993.

una o varias partes del mundo, o cuando sin ser único no está expuesto a una competencia sustancial.

La ley no sanciona la posición dominante, sino el abuso de ella. La Corte Suprema en el caso "YPF s/ ley 22.262" (837) consideró que había abuso de posición dominante por parte de YPF si exportaba grandes cantidades de gas reduciendo la oferta del producto en el mercado local, y con ello manteniendo un alto nivel en el precio que pagaban los consumidores locales. Por otra parte, la empresa no había probado que el menor precio que percibía por la exportación obedecía a razones de costo u otros motivos atendibles, y que de no haber incurrido en la conducta que se le reprocha, el precio del gas habría sido menor en el mercado interno con beneficio para los consumidores locales. Además, se censuró la práctica de YPF de introducir una cláusula en los contratos de exportación prohibiendo a los adquirentes la posterior introducción al país del producto.

En los casos de concentraciones o fusiones de empresas, la ley establece que antes de concretarse el acuerdo o dentro de la semana de su celebración, se deberá notificar el acto al Tribunal de Defensa de la Competencia cuando la suma del volumen de negocio del conjunto de empresas afectadas supere, en el país, la cantidad de \$ 200.000.000. Dentro de los 45 días, ese organismo debe autorizar la operación, o subordinar la autorización al cumplimiento de ciertas condiciones, o denegar la autorización. Si el organismo no se expide en ese plazo, se entiende que la autorización se otorgó tácitamente. En los dos últimos casos la decisión adoptada es recurrible ante la Cámara Federal.

El propósito de tal norma es prevenir la distorsión que se puede producir en el mercado por la magnitud de la concertación o fusión. Por tal motivo, están exentas de esa notificación las adquisiciones de empresas en las cuales el comprador ya tenía más del 50% de las acciones; la adquisición de una única empresa local por parte de una única empresa extranjera que no posea activos o acciones de otras empresas en el país; la adquisición de empresas liquidadas; cuando el monto de los activos situados en el país que se adquieran o transfieran no superen los \$ 20.000.000, salvo si en los doce meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que superen ese límite o la cantidad de \$ 60.000.000 en los últimos treinta y seis meses.

La violación de las normas contenidas en la ley, determina la sustanciación de un sumario conforme a las reglas del debido proceso legal, el cual puede concluir con el rechazo de los cargos impu-

---

(837) Fallos CS 325:1702; LA LEY, 2002-D, 645; 2003-B, 228.

tados al presunto infractor o su condena. Tanto las sanciones, que pueden consistir en multas o el cese de una conducta, como también la desestimación de la denuncia por el organismo de aplicación, son apelables ante la Cámara Federal donde se produjeron los hechos cuestionados (838).

## 259. LIBERTAD DE TRABAJO

El trabajo consiste en todos aquellos actos ejecutados por el hombre con el propósito de obtener los recursos o los medios que le permitan satisfacer sus necesidades.

Se trata de una definición genérica que abarca todo acto humano o conjunto de actos, ya sean de carácter intelectual, físico o mixto, cuyo objeto, directo o indirecto, reside en la obtención de un provecho, material o espiritual, idóneo para satisfacer las necesidades del individuo, aunque no queden plenamente colmadas, ya sea en forma total o parcial. La amplitud de esta definición permite calificar como actividad laboral tanto a la desplegada por un operario como por un patrono, un profesional liberal o un trabajador independiente. Hasta podría afirmarse que la libertad de trabajo es una especie de la libertad económica, limitada al desenvolvimiento de solamente uno de los factores de la producción.

A este concepto global de trabajo se refiere el art. 14 de la Constitución cuando reconoce, a todos los habitantes de la Nación, el derecho de trabajar conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.

Sin embargo, en el lenguaje corriente la palabra "trabajo" alude a una especie particular, que es la actividad laboral prestada bajo relación de dependencia. Con ella, y sin perjuicio de la cláusula genérica del art. 14 de la Ley Fundamental, se relaciona el art. 14 nuevo de la Constitución, sancionado el 24 de octubre de 1957.

Su primer párrafo establece: *"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 direc-*

---

(838) La actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia, en algunas oportunidades desde 1996, constituyó un factor de presión política sobre la libertad económica, y hasta de corrupción administrativa.



*ción; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”.*

Mientras que el art. 14 de la Constitución alude al trabajo en forma general, el art. 14 nuevo se refiere a una especie del género trabajo que es el trabajo bajo relación de dependencia.

Este último presupone una subordinación técnica, jurídica y económica.

La subordinación técnica significa que el trabajador debe acatar las órdenes que le imparte el empleador sobre cómo debe ser realizado el trabajo para el cual fue contratado.

La subordinación jurídica resulta de la facultad que le confiere la ley al empleador de dirigir, dentro de ciertos límites, la actividad productiva del trabajador. No implica, necesariamente, una relación de exclusividad. En el contrato de trabajo, la exclusividad no es un requisito esencial porque, salvo ciertas excepciones razonables, el trabajador tiene el derecho de tener dos o más empleos bajo relación de dependencia o sin ella.

La subordinación económica se traduce en la remuneración que tiene derecho a percibir el trabajador como contraprestación de los servicios que presta bajo relación de dependencia o de los servicios que están a disposición del empleador aunque éste no los utilice.

La inexistencia de alguno de estos tres requisitos determina la inexistencia de una relación laboral propiamente dicha a los fines del art. 14 nuevo de la Constitución.

El significado genérico del trabajo resulta del art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que define al trabajo como el medio que tiene toda persona para *“ganarse la vida”*. Esa norma establece: *“1. - Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho. 2. - Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho, deberá figurar orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”*.

En cambio, al significado específico se refiere el art. 7° de ese Pacto, que fue aprobado por la ley 23.313, establece que los Estados

Partes reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; condiciones de existencia dignas para los trabajadores y para sus familias; la seguridad y la higiene en el trabajo; igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

## 260. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

En ese significado específico, atribuido corrientemente a la libertad de trabajo, tuvo particular gravitación el enfoque constitucionalista que Linares Quintana bautizó con el nombre de *constitucionalismo social* (839).

El constitucionalismo social, fruto del carácter dinámico del movimiento constitucionalista, comenzó a desarrollarse en la segunda mitad del siglo XIX como complemento del constitucionalismo individual, para concluir siendo incorporado a muchos textos constitucionales sancionados en el curso del siglo XX. No desconoce ni condena a las libertades individuales. Tampoco se opone al constitucionalismo individual o clásico. Se limita a considerar que, además del individuo, también son titulares de ciertos derechos económicos los grupos sociales y los propios seres humanos en su condición de integrantes de esos grupos, y no solamente en su condición de individuos.

El constitucionalismo social propicia la coordinación armónica entre los intereses individuales y los intereses sociales, mediante una referencia explícita a estos últimos en el texto constitucional. Pero de ninguna manera propicia caer en el extremo, como algunas veces se ha sostenido, de hacer prevalecer el interés de los grupos sociales sobre las libertades naturales del individuo y por el sólo hecho de revestir carácter social. El constitucionalismo social no pro-

---

(839) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *El derecho constitucional en la postguerra. El Constitucionalismo Social*, ob. cit.

pone la división y el antagonismo social, sino la integración armónica de los intereses individuales y sociales en función del bien común corporizado en la idea política dominante en la sociedad.

Precisamente, uno de los aspectos revitalizados por el constitucionalismo social fue la llamada cuestión social, en particular los derechos del trabajador, concebido como sinónimo de quien presta servicios bajo relación de dependencia frente a un particular o el Estado. No es que hasta ese momento los llamados derechos del trabajador estuvieran desprovistos de tutela constitucional, sino que se consideró conveniente acentuarla mediante la incorporación de normas fundamentales específicas y asumiendo el riesgo de que su loable propósito fuera desnaturalizado provocando artificialmente un conflicto entre el individuo y el grupo social.

Sin embargo, constituye un frecuente y grave error, fomentado por algunas doctrinas políticas transpersonalistas, creer que el constitucionalismo social es una suerte de concepción clasista que aspira a proteger a los trabajadores frente a los empleadores. La ley otorga al individuo ciertos derechos en su condición de integrante del grupo social, para garantizar la dignidad humana y no para limitar el ejercicio legítimo de sus derechos por otros individuos, sean o no patrones. El propósito es beneficiar al individuo y a la sociedad mediante una convivencia armónica y progresista, y no el fomentar la desigualdad subordinando los individuos a los grupos sociales o los grupos sociales a los individuos. Ni el constitucionalismo clásico pretendió proteger a los patrones frente a los trabajadores, ni el constitucionalismo social pretende proteger al trabajador frente al patrono. Ambos enfoques del constitucionalismo, conformando una unidad indivisible, aspiran a concretar el bienestar de todos los grupos sociales e individuos en función del bien común de la sociedad y en el marco de la plena vigencia de la libertad y dignidad del hombre.

De todos modos, el tratamiento de la cuestión social en el constitucionalismo moderno no es uniforme. En las naciones latinas, y en algunas que suprimieron los totalitarismos que rigieron en ellas durante el siglo XX, la solución de la cuestión social suele ser enfocada jurídicamente mediante la sanción de complejas legislaciones sociales que prescinden de la gravitación ejercida por los factores económicos. En cambio, en las naciones anglosajonas, aunque no en su totalidad, la solución de la cuestión social es enfocada económicamente, procurando incrementar la producción y las fuentes de trabajo como instrumentos idóneos para dotar de dignidad a la actividad laboral.

Son dos concepciones diferentes. En la primera, la proliferación normativa tutela la actividad laboral subordinando a ella la actividad

productiva empresarial sin advertir, muchas veces, que trabando la creatividad que presupone esta última redundante, en definitiva, en perjuicio del propio trabajador. En la segunda, la tutela recae sobre aquella actividad empresarial procurando someterla a la menor cantidad posible de regulaciones que, en la mayoría de los casos, emanan de normas generales referentes a la salubridad, seguridad y orden público, con la convicción de que la creatividad empresarial acarrea beneficios más intensos y perdurables para la dignidad del trabajador como reconocimiento a su capacidad y esfuerzo.

Esa disparidad en el tratamiento de la cuestión social, también se expresa en la respuesta que se brinda en el siglo XXI al fenómeno de la flexibilidad laboral.

La concepción clásica, de carácter clasista, procura resguardar las conquistas sociales que fueron fruto del enfrentamiento con el industrialismo del siglo XIX. Se traduce en una postura conservadora reacia a admitir el dinamismo de los factores económicos por entender que el cambio acarreará perjuicios para el trabajador y su seguridad.

La concepción moderna considera que la relación laboral debe adecuarse a los cambios que, en los países progresistas, traen aparejado un sugestivo crecimiento económico. La economía del conocimiento incrementa el volumen de bienes y servicios para su consumo por la sociedad con una distribución de ellos más justa y al alcance de todos los sectores sociales. Su expansión impone una mayor flexibilidad laboral que no se compadece con el esquema estático imperante en los países que, por esa razón, no pueden ingresar competitivamente en la economía del conocimiento.

Constituye un grave error sostener que, la cuestión social, recién mereció la debida consideración durante el siglo XX.

En el marco de esa concepción, Fayt sostiene que el individualismo *"hacía derivar de la libertad los derechos civiles y políticos, de ahí que con el advenimiento del estado liberal, los textos constitucionales no reconocieron derechos sociales, considerándolos incompatibles con la estructura jurídica y política del Estado moderno ... Esta exclusión de los derechos sociales se explica porque la construcción jurídica y política del Estado liberal se correspondía con los grandes enunciados de la Revolución Francesa que junto con la libertad y la fraternidad proclamaba la igualdad. La sociedad posesiva de mercado dejaba librada la pobreza a la caridad o a la beneficencia privada a cargo de instituciones religiosas y de asistencia pública. En definitiva, el desamparo, la miseria, la enfermedad, la desocupación, la ignorancia se-*

*guían los caminos del mercado, el modelo contractual, la contra-pres-tación económica”* (840).

No compartimos esta opinión basada, sustancialmente, sobre un respetable juicio de valor. Los derechos sociales a los que alude Fayt, siempre estuvieron previstos en nuestro texto constitucional. La exteriorización de ellos solamente requería una ligera variación en la idea política dominante en la sociedad y no de una reforma constitucional. Tan es así, que la Ley Fundamental jamás fue un obstáculo para que se sancionaran normas destinadas a tutelar esos derechos sociales ya a comienzos del siglo XX.

Tampoco es acertada la visión que el autor ofrece sobre lo que llama el *“Estado liberal”* y que relaciona con la libertad económica y la libertad política. En rigor, el liberalismo no se limita a esos ámbitos sino que también se proyecta sobre la libertad social imponiendo un estilo de convivencia basado sobre la armonía, el respeto recíproco, el pluralismo, la justicia social y el deber que tenemos, como escribía Esteban Echeverría en el *“Dogma Socialista”*; *“queremos garantías sociales, la fraternidad entre todos, la libertad para todos, y la igualdad de derechos y deberes en todos y cada uno de los miembros de la familia argentina”*. En síntesis, es la expresión de la solidaridad social expuesta por la generación de 1837 como proyecto para la organización nacional.

Tampoco podemos olvidar que el Reglamento Provisorio sancionado por el Congreso de Tucumán el 3 de diciembre de 1817, establecía en el Capítulo 7 de la sección I los deberes de la sociedad, disponiendo que *“el cuerpo social debe garantizar, y afianzar el goce de los derechos del hombre. Aliviar la miseria y desgracia de los ciudadanos, proporcionándoles los medios de prosperar e instruirse. Toda disposición o estatuto contrario a los principios establecidos en los artículos anteriores, será de ningún efecto”*. Semejante cláusula, formulada antes de que se desarrollara en Europa la revolución industrial, reflejaba una idea: el deber de tutelar los derechos sociales, aunque no se les diera explícitamente esa denominación. Revelaba una interrelación del individuo y la sociedad mediante el reconocimiento de los deberes sociales que, como tales, presuponen la existencia de derechos sociales.

En la concepción opuesta a la descrita por Fayt, podemos citar a Unsain quien sostenía que *“si es exacto que la Constitución argentina no contiene las llamadas cláusulas obreras que las constituciones más*

---

(840) CARLOS FAYT, *La consagración constitucional de los derechos sociales*, LA LEY, 2005-F, 1392.

nuevas ofrecen, no es menos cierto que dentro de sus disposiciones caben perfectamente todas las leyes obreras que hasta el presente han sido dictadas y, sin duda alguna, las que en el futuro habrán de sancionarse". Años después añadió: "nuestra Constitución contiene cláusulas obreras o sociales ... Las contiene a su manera, sintéticamente, a grandes trazos, a guisa de normas, dejando a cargo de la legislación general o particular que habrá de seguirla la consiguiente obra de prolongación específicamente o de llenar sus vacíos de acuerdo con el espíritu de conjunto que en dichas normas palpita". Agregaba que "no parece justificado pensar que, porque nuestra Constitución es de tinte individualista, ella se opone a lo social, ... ¿Qué otra cosa que reconocer una política social comporta la frase feliz de promover el bienestar general? ¿Por qué excluir de alcance social otras frases concordantes del mismo preámbulo, tales como afianzar la justicia, consolidar la paz interior, asegurar los beneficios de la libertad?" (841).

Esa interpretación teleológica, sistemática y progresista o dinámica, fue receptada por la Corte Suprema al destacar que si bien la Constitución rescata los derechos del individuo, "no es individualista en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no pueden ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias" y que, por ende, es indiscutible la validez de las leyes que prevén la indemnización por despido, los accidentes de trabajo, el descanso dominical y el trabajo de mujeres y niños (842).

En igual sentido se manifestó el paladín de los derechos sociales, Alfredo Palacios. Desde su banca expresó con la autoridad que le confería su trayectoria política que "He dicho antes de ahora que la Constitución de 1853 ha sido tachada de individualista. Lo es, sin duda, pero sólo en el sentido de reconocer al hombre derechos naturales anteriores al Estado; no en el concepto de que la voluntad individual y la libre contratación no pueden ser sometidas a las exigencias reglamentarias. He afirmado también que el concepto de persona humana que consagra la Constitución de 1853 permite que de él surjan los derechos de los trabajadores ... La Constitución se propone el bienestar común, el bien del pueblo; y el bien público de la filosofía clásica coincide con el bien común, que defiende el proletariado moderno ... Y es así como el Nuevo Derecho de los trabajadores, que inicié en el parlamento argentino, pudo desenvolverse bajo la égida de la Constitución del 53, cuya amplitud no solamente permitió la difusión de todas las

---

(841) ALBIANDRO UNSAIN, *Legislación del trabajo*, t. I, p. 119, Buenos Aires 1925; *Las cláusulas económico sociales de la Constitución Argentina*, t. I, p. 11, Academia de Ciencias Económicas de Buenos Aires, 1943.

(842) Fallos CS 179:113 del 22 de octubre de 1937.

*ideas, sino que autorizó la sanción de todas las leyes sociales que se dictaron en el Congreso Nacional” (843).*

## 261. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

El art. 14 de la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes del país el derecho de trabajar conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. Sobre la base de dicha cláusula, fueron dictadas numerosas normas jurídicas reguladoras de la actividad laboral, conformando un marco legal independiente del Código Civil y de la legislación mercantil.

La libertad constitucional de trabajo se manifiesta primariamente en la potestad de toda persona para desarrollar o no una actividad laboral. Trabajar es una facultad, y no una obligación constitucional.

En segundo lugar, y sujeto a las limitaciones fácticas, comprende el derecho de escoger un determinado tipo de trabajo y la persona del empleador con el cual se concretará la relación laboral. Este último aspecto, que se integra con la libertad contractual, faculta a las partes para determinar el contenido de la relación laboral. Pero no se trata de una libertad absoluta, ya que su ejercicio deberá adecuarse a las disposiciones ineludibles establecidas por las normas de orden público.

La reforma constitucional de 1957, además de incorporar el art. 14 nuevo, agregó la mención del código del trabajo y seguridad social a los textos legales cuya sanción compete exclusivamente al Congreso de la Nación (art. 67, inc. 11). Conforme a esta cláusula, la legislación provincial en materia de derecho laboral, y en general sobre temas de derecho común, no es admisible, sin perjuicio de las particularidades que se presentan respecto de la regulación de la seguridad social, y del ejercicio del poder de policía local.

Todas las materias de fondo vinculadas con el contrato y la relación jurídica del trabajo sólo pueden ser legisladas por el Congreso de la Nación. Sin embargo, corresponde a las legislaturas provinciales dictar las normas procesales en materia laboral y todas aquellas comprendidas en el poder de policía local (arts. 75, inc. 12, y 121 de la C.N.) para tutelar la actividad laboral.

El art. 14 nuevo, incorporado por la reforma constitucional de 1957, establece: *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protec-*

---

(843) ALFREDO PALACIOS, Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1957, t. II, ps. 1259 y siguientes.

*ción 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. Queda garantizado a los gremios: concretar 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. 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 compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".*

Esta disposición, forjada por una técnica constitucional sumamente defectuosa y confusa, incluyó expresamente en la Constitución diversos principios del constitucionalismo social. Tales principios ya estaban implícitamente establecidos por la Ley Fundamental, y sobre la base de ellos el Congreso había sancionado numerosas normas de carácter social que regulaban el contrato de trabajo y la seguridad social.

El art. 14 nuevo comprende tres partes: 1) derechos del trabajador con motivo de la relación laboral; 2) derechos de los gremios y de los representantes gremiales; 3) derecho a la seguridad social.

Este conjunto de derechos no reviste carácter absoluto, sino que está sujeto a las leyes que reglamenten su ejercicio dentro de los límites establecidos por el art. 28 de la Constitución.

Por otra parte, los principios contenidos en el art. 14 nuevo suelen ser clasificados en tres categorías: programáticos, operativos y confirmatorios.

Son cláusulas programáticas aquellas que requieren necesariamente de una ley reglamentaria para precisar sus contenidos y su consecuente aplicabilidad. Cláusulas operativas son aquellas cuya redacción permite la aplicación inmediata de sus principios sin necesidad de una ley reglamentaria. Cláusulas confirmatorias son aquellas que se limitan a constitucionalizar expresamente situaciones vi-



gentes y reguladas por la legislación preexistente o reconocidas jurisprudencialmente y que, por no oponerse al texto constitucional, conservan su validez jurídica hasta tanto sean modificadas por una norma posterior.

La generalidad de las cláusulas del art. 14 nuevo revestían, al tiempo de su sanción, carácter confirmatorio. Entre las de carácter programático, cabe incluir las disposiciones referentes a la participación en las ganancias de las empresas, el control de la producción, la colaboración en la dirección y, en general, los beneficios de la seguridad social.

## 262. GARANTÍAS DEL TRABAJO

El art. 14 nuevo establece que el trabajo, en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes, que deberán asegurar al trabajador determinados beneficios.

El derecho establecido por la Constitución es el derecho de trabajar y no el derecho a trabajar. Esto significa que toda persona tiene derecho a decidir libremente si desea o no trabajar. En caso afirmativo, tiene la potestad de buscar una persona interesada en concertar con ella una relación jurídica laboral, elegir una ocupación, con los límites impuestos por la demanda laboral, desempeñarla y cambiarla.

El trabajo no es un deber social jurídico, pues nadie puede ser obligado a trabajar. Pero sí es un deber social moral que cada uno contrae con la sociedad en la que desenvuelve su vida.

Esto no significa que la persona sea titular de un derecho subjetivo que la autorice a exigir del Estado o de un particular que se le suministre un trabajo. El Estado, entre sus deberes genéricos, tiene que crear las condiciones sociales y económicas que permitan forjar nuevas fuentes auténticas de trabajo destinadas a satisfacer las aspiraciones laborales de sus habitantes, pero estos carecen de un derecho subjetivo para transformar en jurídica aquella obligación de naturaleza política y social.

La Constitución reconoce el derecho de trabajar y, simultáneamente, establece los beneficios mínimos que la ley reglamentaria deberá garantizar al trabajador: condiciones dignas de trabajo; duración del trabajo; una retribución por el trabajo; control, participación y colaboración en aspectos empresariales; protección contra el

despido y estabilidad del empleado público. Tal reglamentación debe ser razonable y concordante con el interés público (844).

### 263. CONDICIONES DE TRABAJO

El art. 14 nuevo de la Constitución establece que las leyes reglamentarias deberán asegurar al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor.

Condiciones dignas y equitativas son las calidades o circunstancias en que se realiza el trabajo, las cuales, como reflejo de la idea social dominante en la comunidad, deben ser apreciadas por las partes que conforman una relación laboral.

Condiciones dignas, honestas, decorosas razonables y justas son las que se compadecen con la naturaleza trascendente del ser humano, y que descalifican todo trabajo inmoral, vejatorio para el hombre o nocivo para su salud física o espiritual.

Asimismo, en su faz positiva, se traducen en el establecimiento legal de condiciones apropiadas de higiene y seguridad, de facilidades y comodidades razonables en función del tipo de trabajo que se ejecuta o de las condiciones físicas del trabajador.

Estas condiciones, una vez reglamentadas por el legislador, generan un derecho subjetivo para el trabajador y la consecuente obligación del empleador de dar fiel cumplimiento a las exigencias legales.

Por otra parte, el Estado, en su carácter de instrumento coordinador para la concreción de la libertad y dignidad del ser humano, tiene el deber de controlar y velar por el cumplimiento de las normas regulatorias de las condiciones de trabajo.

Como las condiciones dignas y equitativas de labor varían en su contenido a tenor del dinamismo de la idea social dominante en la comunidad, ellas deben ser apreciadas en función de la realidad social y no de parámetros ideales aunque utópicos en un lugar y momento determinados.

Pero, al margen de tales variaciones, debemos tener siempre presente que, siendo la finalidad de la Constitución la libertad y dignidad del ser humano, el derecho a gozar de condiciones dignas y equitativas de trabajo resulta del hecho que el trabajador es una persona

y titular de las prerrogativas inherentes a su condición humana que no pueden ser desconocidas por el Estado ni por los particulares (845).

## 264. DURACIÓN DEL TRABAJO

El art. 14 nuevo de la Ley Fundamental dispone que las leyes reglamentarias deben asegurar al trabajador una jornada limitada de labor, así como también el descanso y vacaciones pagados.

Se trata de medidas que protegen física y espiritualmente al trabajador, basadas sobre razones científicas de carácter biológico, social, cultural y económico. Las jornadas laborales excesivas o los descansos insuficientes producen la fatiga, el desequilibrio emocional y la mecanización de la actividad laboral, que repercuten negativamente sobre la salud física y espiritual, sobre la convivencia del trabajador, sobre su capacidad creativa y sobre la eficacia de su labor.

A tal propósito responde la fijación de una jornada limitada de labor, cuya extensión puede variar considerando las características y modalidades del trabajo que se ejecuta o las condiciones personales del trabajador. Esto no significa que el trabajador libremente carezca de la facultad de ampliar la jornada laboral mediante la prestación de servicios en horas complementarias, sino que el empleador no puede exigir su cumplimiento, salvo en aquellos casos graves y razonables en que lo autorice la ley sin lesionar la salud y dignidad del trabajador.

La norma constitucional también establece que la ley asegurará al trabajador descanso y vacaciones pagados. Además de limitar la jornada laboral, el constituyente consideró necesario otorgar al trabajador la posibilidad legal de disfrutar de períodos breves o prolongados de descanso, que le permitan despreocuparse de los problemas generados por su actividad laboral y satisfacer otras necesidades de índole material o espiritual.

Los períodos de descanso, en los cuales el trabajador no presta servicios laborales, deben ser remunerados y, en el caso de las vacaciones, el pago debe ser anterior al descanso para posibilitar su goce efectivo.

La duración del trabajo puede ser convenida por las partes, sin superar el tope establecido por la ley que es de 48 horas semanales.

---

(845) Conf. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, p. 458, ob. cit.

Esto no significa que, voluntariamente, el trabajador no puede superar ese máximo trabajando horas extras que tienen una compensación especial. El límite de 48 horas se establece para cada relación laboral, de modo que no se viola si el trabajador tiene dos actividades laborales con distintos empleadores. En algunos casos, la ley permite que la jornada laboral supere las 8 horas diarias y que el trabajador tiene el deber de prestar servicios durante ese lapso, aunque equilibrando tal hecho con un régimen especial de descanso. Todos estos aspectos solamente pueden ser regulados por el Congreso, ejerciendo la potestad que le confiere el art. 75, inc. 12, de la Constitución, resultando inválidas las normas provinciales que amplían o reducen la jornada o duración del trabajo (846).

### 265. RETRIBUCIÓN

La retribución, remuneración, sueldo o salario, como contraprestación que recibe el trabajador por los servicios que presta, está contemplada por el art. 14 nuevo de la Constitución. El mismo dispone que la ley deberá asegurar al trabajador una retribución justa, un salario mínimo vital móvil e igual remuneración por igual tarea.

Retribución justa es aquella que, guardando relación con la calidad y extensión del trabajo, le permite al trabajador satisfacer razonablemente sus necesidades y las de su grupo familiar.

En la determinación del salario justo interviene un elemento social y un elemento económico. La remuneración debe ser suficiente para satisfacer aquellas necesidades, pero también debe tener en cuenta la productividad y condiciones económicas de la empresa. La retribución debe ser suficiente para preservar la condición humana del trabajador y el cumplimiento digno de sus responsabilidades familiares. Pero su determinación no puede prescindir de los factores económicos, conduciendo a la fijación legal de salarios desmedidos que priven de rentabilidad a la empresa privada reduciendo las fuentes de trabajo o, en el caso de las empresas estatales, a la cobertura de las erogaciones salariales mediante el agravamiento de las cargas fiscales que pesan sobre la comunidad.

En principio, establecer el monto de la retribución laboral es una facultad de las partes contratantes pactada libremente. Su monto puede ser ampliado o reducido de común acuerdo por las partes.

Pero, sin perjuicio de ello, la Constitución aspira a que el legislador establezca el monto mínimo de esa remuneración que permita satisfacer las necesidades vitales del trabajador, que sea razonablemente compensatorio del esfuerzo y del rendimiento del mismo y que guarde una relación uniforme con el nivel del costo de vida. A tal propósito responde la referencia constitucional a un salario mínimo vital móvil.

El principio de igual remuneración por igual tarea es una aplicación de la regla general de la igualdad contenida en el art. 16 de la Constitución. Su propósito es el de proscribir toda discriminación por razones extrañas a la índole y calidad del trabajo.

La igualdad significa que a todos los iguales, en igualdad de circunstancias, les debe ser reconocida igual remuneración básica. Pero no se trata de una igualdad absoluta, porque las desigualdades en las tareas justifican salarios diferentes. La productividad, la eficacia del trabajo, la experiencia del trabajador, la rentabilidad empresarial, son algunos de los factores que justifican la desigualdad en materia salarial.

Asimismo, tampoco se puede privar al empleador de su facultad de premiar a los empleados que, a su criterio, revelen méritos suficientes para ello. Caso contrario, si la igualdad fuera absoluta, no habría estímulos para el trabajo y su eficiencia, con grave detrimento para el ideal de justicia.

Este temperamento fue aceptado por la Corte Suprema, sin que se requiera una prueba del empleador sobre la mayor capacidad laboral del trabajador beneficiado con una remuneración mayor (847).

Si bien las remuneraciones son acordadas por las partes, ellas no pueden ser inferiores a las establecidas por las convenciones colectivas de trabajo y respecto de cada categoría. Asimismo, la Corte Suprema reconoció la validez de las leyes y decretos que imponen un incremento general de las retribuciones para preservar un nivel de vida adecuado del trabajador, o para restablecer su poder adquisitivo afectado por un agudo proceso inflacionario (848).

## 266. RETRIBUCIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Los principios expuestos sobre la retribución para el sector privado son, en principio, aplicables al sector público aunque existe una

(847) Fallos CS 265:242.

(848) Fallos CS 246:345; 250:46.

diferencia sustancial basada sobre la naturaleza jurídica del vínculo que genera la relación de empleo.

Como consecuencia de ella, entendemos que el Estado tiene la potestad unilateral de reducir, bajo ciertas condiciones, la remuneración del sector público.

Esa reducción es constitucionalmente viable porque la intangibilidad de las remuneraciones del sector público, carece de jerarquía constitucional con la salvedad prevista para el presidente y vicepresidente de la Nación, los ministros del Poder Ejecutivo, los magistrados judiciales y los miembros del Ministerio Público (arts. 92, 107, 110 y 120 CN).

Al margen del debate doctrinario sobre si la reducción salarial debe ser efectuada por ley del Congreso, o si es suficiente un decreto del órgano ejecutivo del cual depende el personal administrativo, cabe tener en cuenta el tipo de relación jurídica que alcanza a este último (849).

La relación jurídica que une al empleado público con el Estado no surge de un contrato propio de la actividad privada, sino de un contrato administrativo regulado por el derecho público. Y, de ese derecho público, emana la potestad irrenunciable del Estado para modificar las relaciones contractuales administrativas concertadas cuando, sin afectar derechos subjetivos adquiridos, así lo imponga la necesidad de satisfacer el bien común de la sociedad (850). Bien común que, como tal, está por encima de las necesidades y derechos en expectativa de los individuos que puedan ser afectados.

De todas maneras, la validez de la reducción está sujeta al cumplimiento de tres condiciones: 1) que sea cuantitativamente razonable; 2) no vulnere el principio de igualdad en el sector público; 3) no se trate de una forma encubierta destinada a soslayar el principio de estabilidad impuesto por el art. 14 nuevo de la Ley Fundamental.

Tal fue el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Guida" (851), cuando convalidó la reducción de los haberes correspondientes al sector público por el decreto 290/95 que fue ratificado por la ley 24.624. Sostuvo que las razones de emergencia

---

(849) Consideramos que la medida puede ser adoptada por un acto del órgano ejecutivo. Conf. MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, p. 271, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1970.

(850) Conf. RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, t. III, p. 175, La Ley, 6ª edición; MIGUEL S. MARIENHOFF, ob. cit., t. III-B, p. 272, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1983; NÉSTOR P. SAGÜES, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. II, p. 657, Ed. Astrea, Buenos Aires 1999.

(851) Fallos CS 323:1566; LA LEY, 2000-C, 828; 2000-D, 375; DJ, 2000-2-1086.

económica invocadas por el Poder Ejecutivo y el cumplimiento de las tres condiciones citadas, convalidaban la decisión. Máxime considerando que, habiendo sido superadas las razones determinantes de la medida, ella había sido dejada sin efecto por el decreto 1421/97 a partir del 1° de enero de 1998.

La Corte Suprema de Justicia reiteró su doctrina en el caso "Müller" (852), declarando la validez de la reducción de las retribuciones para el sector público dispuesta por el decreto 430/00. Como argumento adicional, añadió que la reducción de los salarios establecida por esa norma se había extendido por un lapso de trece meses durante el cual no se operó el envilecimiento provocado por la devaluación monetaria producida a partir del año 2002. Esta última circunstancia, entre otras razones, traía aparejada una situación diferente a la resuelta por el Alto Tribunal cuando, el 22 de agosto de 2002, decidió la causa "Tobar".

Precisamente, en el caso "Tobar" (853), la Corte declaró la inconstitucionalidad del decreto 896/01 y del art. 10 de la ley 25.453 que convalidó a este último. La norma cuestionada había establecido que, cuando los recursos presupuestarios estimados no fueren suficientes para atender todos los créditos presupuestarios previstos, se iban a reducir proporcionalmente los créditos correspondientes al sector público nacional de modo de mantener el equilibrio entre los gastos operativos y los recursos presupuestarios. La norma extendía su aplicación a los sueldos, haberes adicionales, asignaciones familiares, jubilaciones y pensiones.

La Corte consideró que era inadmisibles considerar a las retribuciones del sector público como una variante de ajuste para la concreción del déficit cero. A ello se añadía la devaluación operada en el año 2002 y el envilecimiento de las remuneraciones, hechos que no se habían producido cuando se resolvió el caso "Guida", así como también que su aplicación estaba prevista no solamente en épocas de emergencia, sino también en épocas de normalidad, vulnerando así el derecho de propiedad reconocido por el art. 17 de la Constitución, y superando los límites que impone su art. 28.

En el considerando 16 del fallo, la Corte expresó "*Que, en ese marco, es contrario a la Constitución Nacional un régimen normativo que difiere a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo la determinación de remuneraciones y haberes previsionales, de naturaleza alimentaria, no como una alternativa de excepción susceptible de control jurisdic-*

(852) Fallos CS 326:1138; LA LEY, 2003-C, 293; DJ, 2003-1-1068.

(853) Fallos CS 325:2059; LA LEY, 2002-E, 428; DJ, 2002-3-16.

*cional, sino como una herramienta de política económica, destinada circunstancialmente a la reducción del gasto público y estabilidad de las cuentas fiscales”.*

## 267. CONTROL, PARTICIPACIÓN Y COLABORACIÓN EN ASPECTOS EMPRESARIOS

El art. 14 nuevo de la Constitución dispone que la ley deberá asegurar al trabajador la participación en las ganancias de la empresa, con control de producción y colaboración en la dirección.

Se trata de una cláusula programática, cuya reglamentación resulta sumamente difícil debido a los innumerables inconvenientes técnicos que es necesario superar, y también por el imperativo de preservar la armonía con las restantes libertades constitucionales.

La participación en las ganancias de la empresa no reviste el carácter de remuneración por la actividad laboral del trabajador, sino que compensa la circunstancia de estar integrado a una empresa y en la medida en que ella tenga rentabilidad. Ello conllevaría la participación del trabajador en las pérdidas de la empresa, y con mayor razón si participa en el control de producción y colaboración en la dirección.

Todos los factores de la producción son objeto de una remuneración. El trabajo, el capital, la tierra y la dirección reciben una compensación. La remuneración del trabajo es el salario o sueldo que percibe el trabajador. La participación en las ganancias es la remuneración que corresponde al capital y la dirección de la empresa, y que la Constitución extiende a los trabajadores en tanto sean capitalistas o intervengan en la dirección empresarial.

Considerando que empresa es todo emprendimiento económico que armoniza a los cuatro factores de la producción sin que interese su mayor o menor envergadura, resulta sumamente difícil establecer un criterio uniforme para fijar la participación en las utilidades de aquella. No es razonable ni justo determinar un porcentaje fijo, por cuanto la participación individual del trabajador de una empresa es esencialmente significativa, variable, irrelevante o inexistente.

El control y la colaboración no significan la cogestión ni la interferencia en la organización, conducción y política empresarial, sino la posibilidad de verificar la existencia de las ganancias a los fines de su eventual distribución (854).

---

(854) Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1957, t. II, ps. 1439 y siguientes.



## 268. PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO Y ESTABILIDAD

El art. 14 nuevo de la Constitución establece que la ley protegerá al trabajador contra el despido arbitrario y asegurará la estabilidad del empleado público.

El despido arbitrario es la rescisión unilateral del contrato de trabajo dispuesta por el empleador sin justa causa o sin causa legal. Si el despido tiene justa causa o si está motivado por una razón aceptada por las leyes reglamentarias, deja de ser arbitrario y el trabajador queda al margen de la tutela constitucional.

La protección contra el despido arbitrario no significa que la Constitución apunte a garantizar la permanencia del trabajador en el empleo mediante la estabilidad. La estabilidad está prevista en la Constitución, aunque con referencia al empleo público. Esa protección tiene por objeto asegurar al trabajador contra los perjuicios injustificados que le ocasiona la ruptura de la relación laboral, sin llegar al extremo de coartar la libertad de contratación del empleador.

El contrato de trabajo es esencialmente personal e intransferible, estando condicionada su prosecución a una serie de elementos y valores subjetivos que también disfrutan de la protección constitucional y que deben ser armonizados con los derechos del trabajador.

Esto significa que el despido arbitrario siempre tiene validez jurídica, aunque genera ciertos efectos en salvaguarda de los derechos del trabajador, cuya prestación puede estar a cargo del Estado o del empleador.

La Constitución no especifica cuál es la forma en que debe ser protegido el trabajador frente a un despido arbitrario. Se trata de una función reservada a la legislación reglamentaria que, conforme a la normativa laboral usual, se traduce en el derecho que tiene el trabajador para percibir del empleador el pago de una indemnización mínima. Se trata de una indemnización mínima por cuanto, si la ruptura de la relación laboral es arbitraria y lesiona algún derecho patrimonial o personal del trabajador, éste tendrá derecho a ser debidamente resarcido de ese perjuicio adicional, no ya en su condición de trabajador sino de individuo tutelado por los arts. 17 y 19 de la Constitución.

La protección contra el despido arbitrario, cuyo objeto reside en reparar el daño ocasionado al empleado, puede quedar sujeta al régimen ordinario del Código Civil o al régimen especial que imponga el Estado conforme al art. 14 nuevo de la Constitución. Solamente a falta de este último, sería viable la aplicación del sistema previsto en la ley civil.

La regulación legal de la indemnización por despido arbitrario en el sector privado, se basó sobre dos elementos. Uno de ellos es la indemnización objetiva. El derecho a su percepción por el empleado no requiere de prueba alguna sobre el monto del daño. Aunque el daño no exista, procede el resarcimiento. Otro es la fijación de montos máximos con el propósito de dotar de seguridad jurídica al sistema y evitar que, en ciertos casos, el monto de las reparaciones resultara exorbitante y carente de razonabilidad. De todos modos, consideramos que la fijación de tales topes no obsta al derecho del empleado para demandar un monto mayor acorde con el daño sufrido en resguardo de su derecho de propiedad. En esta hipótesis, el empleado debería acreditar el mayor valor del daño padecido.

La fijación de montos máximos fue impuesta por la ley 11.729 de 1934. Establecía una indemnización no inferior a la mitad de la retribución mensual por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses. La base indemnizatoria era la retribución mensual promedio de los últimos cinco años o del lapso de prestación de servicios si era inferior a ese plazo. La indemnización no podía ser inferior a un mes de sueldo ni mayor a quinientos pesos por cada año de servicio. Monto que fue modificado por las leyes sucesivas para atenuar los efectos negativos de la inflación.

Es indudable la validez constitucional de las normas laborales que establecen, para el despido sin causa, una indemnización tarifada fijando montos sobre la base de la remuneración mensual del trabajador y la antigüedad de la relación laboral que mantenía con su empleador. El art. 245 de la ley 20.744 dispone que corresponde abonar una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o el lapso inferior de prestación de servicios.

También resultan razonables los arts. 247 y 249 de esa ley que fijan una indemnización equivalente a la mitad de la citada en el párrafo anterior, cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a una causa de fuerza mayor, a la falta o disminución del trabajo no imputable al empleador y en caso de fallecer el empleador sin que se opere la continuidad de la actividad empresarial.

Se admitió la validez constitucional de las leyes que establecen un tope máximo para tales indemnizaciones. Así, el art. 245 de la ley 20.744 dispone que la base indemnizatoria no puede superar al equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento de su despido.

Si se trata de trabajadores no amparados por convenios colectivos de trabajo, el tope indemnizatorio será el que corresponda al convenio de actividad aplicable al establecimiento donde preste servicios el trabajador o al convenio más favorable en el caso de que hubiera más de uno.

En diversos pronunciamientos la Corte Suprema se pronunció por la validez del sistema. Así, en el caso "*Villareal*" (855), destacó que corresponde al Congreso, en cumplimiento del deber constitucional del Estado de asegurar la protección del empleado contra el despido arbitrario, establecer las consecuencias que se derivan de la ruptura del contrato laboral, "*sin que los jueces se hallen facultados para decidir sobre el mérito o conveniencia de la legislación sobre la materia*". La Corte, implícitamente, aceptó que ese principio no sería absoluto si el resarcimiento es absurdo o arbitrario configurando una lesión para el derecho de propiedad establecido en el art. 17 de la Constitución.

Con anterioridad, en el caso "*Carrizo*" (856), la Corte había expuesto que el resarcimiento del empleado debe ser equitativo y que la indemnización tiene que ser razonable, "*adecuada a los fines que contempla y no descalificable por razón de iniquidad*".

El 14 de septiembre de 2004, al decidir el caso "*Vizzoti*", la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del tope establecido por el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo para el caso concreto. Como el monto indemnizatorio fijado para un empleado jerárquico, cuya categoría no tenía previsión específica en los convenios colectivos, se fijaba sobre una base inferior al 10% de su haber mensual, consideró que no guardaba una razonable proporción "*con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación*" (857).

Al declarar inaplicable el régimen indemnizatorio establecido por la ley para el caso concreto, era procedente que la Corte fijara el monto resarcitorio en resguardo del derecho de propiedad del empleado. A tal fin, consideró que la base mensual remuneratoria se podía reducir hasta un 33% y que la remuneración mensual por cada año de servicios debía representar el 67% del sueldo percibido mensual-

---

(855) Fallos CS: 320:2665.

(856) Fallos CS: 304:972.

(857) Suplemento Especial del Diario LA LEY del 17 de septiembre de 2004. El fallo fue objeto de un agudo análisis por parte de Julián De Diego, Rodolfo Capon Filas, Juan José Etala (h.), Daniel Funes de Rioja, Héctor Recalde y Mariano Recalde.

mente por el empleado. La Corte consideró que, si bien el método puede ser cuestionable, no cabe argüir que ejerció funciones legislativas. Se trató de una solución particular, para un caso concreto, donde como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad no podía quedar totalmente desarticulado el derecho de propiedad del empleado.

En definitiva, en el caso "Vizzoti", la Corte Suprema se apartó del régimen legal por entender que, en el caso concreto, no conducía a una solución razonable. La remuneración mensual que percibía el accionante era de \$ 11.000 y el tope según convenio determinaba la cantidad de \$ 1.040,31 por año de antigüedad —26 en total— dando un total de \$ 27.048,06.

La Corte consideró que *"permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuído en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización"*, significa privar al trabajador de la protección contra el despido arbitrario. Tras efectuar una consideración peyorativa e inexacta acerca de las reglas que regulan los mercados, la Corte añadió que *"tratándose de cargas razonables, rige el principio según el cual el cumplimiento de las obligaciones patronales, no se supedita al éxito de la empresa"*.

Comentando este último aspecto, García Martínez señaló que *"si el cumplimiento de las obligaciones patronales, implica para una empresa la quiebra, buscará eludirlo, generando una economía negra que es hoy la situación en muchas actividades. En tal caso, estas obligaciones no constituyen cargas razonables, sino todo lo contrario. Lo que parece creer la Corte, es que los derechos sociales, transformados en obligaciones jurídicas, deben cumplirse sí o sí, al margen de las condiciones fácticas de la economía. Establecer derechos, sin sustento económico, convierten a éstos en meras expresiones de deseos"* (858).

En "Vizzoti", la Corte consideró que, si bien el régimen tarifado de indemnizaciones por despidos sin causa era constitucional, como en el caso concreto acarrea un resultado irrazonable, debía ser dejado de lado. En vez de buscar una solución equitativa en los convenios colectivos de trabajo afines a la actividad del accionante, la Corte sostuvo que la base salarial no podía ser inferior en más de un 33% de la mejor remuneración. Así, decidió que esa base era el 67 % que equivalía a \$ 7.370 mensuales, arrojando una indemnización total de \$ 191.620, contra los \$ 27.048,06 establecidos en la instancia inferior.

---

(858) LUIS GARCÍA MARTINEZ, *La concepción económica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Academia Nacional de Ciencias Económicas, Buenos Aires 2005.

¿Por qué la Corte hizo referencia al 67% y no a cualquier otro porcentaje? Entendemos que debió acudir a los convenios de trabajo afines y, a falta de ellos, aplicar al art. 247 de la ley 20.744 fijando una base equivalente al 50% de la remuneración mensual que percibía el actor. Al no haber actuado sobre la base de un soporte legal, consideramos que el tribunal se arrogó potestades legislativas abriendo una brecha que puede desarticular la indemnización tarifada con su secuela de inseguridad jurídica.

La protección constitucional contra el despido arbitrario se aplica a todos los trabajadores, tanto si su empleador es un particular como si lo es el Estado. Sin embargo, tratándose de empleados públicos, la Constitución establece una protección adicional que es la estabilidad.

La estabilidad significa que, el empleado público, no puede ser despedido sin la previa sustanciación de un sumario en el cual se acredite la comisión de un acto de inconducta que justifique la decisión. Decisión de carácter administrativo que puede ser revisada judicialmente.

En rigor, la estabilidad, si bien protege al empleado público, en forma mediata tutela el buen funcionamiento de la administración pública, condenando los favoritismos y exclusiones irritantes, a los cuales son tan propensos los gobernantes, especialmente cuando comienzan a ejercer sus funciones. Tales actos, al margen del perjuicio que le ocasionan al trabajador público, resienten sensiblemente la eficacia del aparato administrativo del Estado, con los perjuicios consecuentes para la comunidad.

La estabilidad no es una garantía absoluta. El derecho a permanecer y conservar el empleo público debe ser ejercido de acuerdo con la legislación reglamentaria que, como tal, no puede llegar al extremo de negarlo en forma absoluta o desconocerlo parcialmente y de manera arbitraria (art. 28 C.N.).

Así, la jurisprudencia tiene resuelto que la garantía de la estabilidad para el empleado público no es aplicable cuando el despido está justificado legalmente, o cuando es consecuencia de la supresión del empleo, o cuando obedece a una política de racionalización del empleo, o cuando responde a motivos razonables de política económica. Pero, en todos aquellos casos en que la ruptura de la relación laboral no obedece a causas imputables al empleado público, se hace efectivo el derecho del trabajador a percibir una indemnización del Estado (859).

---

(859) Fallos CS 250:424; 253:483; 254:174; 261:364; 269:234; 270:72; 272:106; 274:28; 276:326.

## 269. ORGANIZACIÓN SINDICAL

El art. 14 nuevo de la Constitución Nacional establece que las leyes asegurarán al trabajador el derecho de organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

El derecho de los trabajadores para constituir organizaciones sindicales ya estaba reconocido en el art. 14 de la Ley Fundamental al disponer que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de asociarse con fines útiles conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. Sobre la base de esta norma comenzó a desarrollarse la organización sindical en el país, muchas veces restringida por una legislación reglamentaria intolerante.

La inserción constitucional del art. 14 nuevo en 1957 debe ser interpretada como complemento específico en materia sindical de la libertad genérica de asociación, revestida de las características que ella establece. Es así que la organización sindical, si bien tiene sustento en la libertad genérica de asociación, debe concretarse conforme a las características asignadas por el art. 14 nuevo.

Tales características, aplicables específicamente a la libertad de asociación sindical por mandato constitucional, son: organización sindical libre, democrática y reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

La finalidad de la organización sindical es esencialmente gremial. El sindicato se constituye para defender los intereses profesionales de sus afiliados frente al empleador, el Estado y la comunidad. Otro tanto acontece con la actividad social destinada a mejorar las condiciones de vida del trabajador. Su actividad se concreta en el ámbito laboral, sin perjuicio de los matices políticos o sociales que pueda presentar.

Fundamentalmente es un grupo de interés que, cuando despliega su actividad frente al gobierno, puede cumplir el rol de un grupo de presión si procura obtener decisiones gubernamentales favorables a los intereses que defiende. Muchas veces, y en defensa de tales intereses, su actividad puede tener connotaciones políticas que no desvirtúan la finalidad del sindicato, a menos que su objetivo resida en la conquista del poder político o en su control para el logro de objetivos extraños a la esencia de la organización sindical, asumiendo el rol de un factor de poder.

La organización sindical debe ser libre en dos sentidos. En primer lugar, su constitución y desenvolvimiento deben ser indepen-

dientes del gobierno. El objetivo del gobierno es materializar los fines del Estado en beneficio de toda la comunidad y respondiendo a los lineamientos del bien común. El objetivo del sindicato es mucho más específico, pues debe limitarse a defender los intereses laborales de los trabajadores, que en un caso concreto pueden o no coincidir con aquellos lineamientos.

En segundo lugar, la libertad sindical presupone el derecho del trabajador para formar parte o no de una organización sindical. El derecho de constituir una organización sindical, de afiliarse a una ya existente o de desafiliarse, es la esencia de la libertad sindical. Es el derecho del trabajador para asociarse libremente a un sindicato, dejando siempre a salvo su libertad de no asociarse y de elegir el sindicato afín con su actividad laboral.

Si bien en alguna oportunidad la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la libertad de agremiación importa el derecho de afiliarse al sindicato que se prefiera o de no afiliarse a ninguno, y que no puede admitirse como congruente con la Constitución un ordenamiento según el cual el derecho de trabajar quede supeditado a una afiliación gremial necesaria y a la permanencia en determinado sindicato mientras dure la ocupación (860), este principio ha sido frecuentemente desconocido por la legislación reglamentaria, estableciendo la afiliación obligatoria y automática y el deber de los trabajadores de efectuar aportes en beneficio de los sindicatos aunque no estén afiliados a ellos.

Tal solución, común en los sistemas políticos autoritarios, no se compadece con la libertad sindical de la Constitución, ya que el carácter social de esa libertad no puede generar un significado que desnaturalice los fines personalistas de la Ley Fundamental estableciendo la inserción coactiva del individuo en un grupo social de naturaleza profesional (861).

La organización sindical, además de ser libre, debe ser democrática en cuanto a su constitución y funcionamiento. Esto significa que la organización sindical debe basarse sobre la participación de sus afiliados en la conducción de la entidad, reflejando la voluntad de los trabajadores a través de mecanismos idóneos de representación. Pero la organización democrática no se agota con los aspectos for-

---

(860) Caso "Outon", Fallos CS 267:215; LA LEY, 126-292.

(861) Conf. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, p. 518, ob. cit.; GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 416, ob. cit.; MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, p. 165, ob. cit.

males constitutivos de la entidad, sino que también se proyecta sobre su actuación tolerante y respetuosa de las leyes, tal como corresponde en el marco de un Estado de Derecho.

El reconocimiento legal de la personería jurídica de las organizaciones sindicales debe concretarse mediante la simple inscripción en un registro especial y previo cumplimiento de los recaudos formales razonables que establezca la ley. Esto presupone el pluralismo gremial, que es incompatible con el sistema de sindicato único establecido en su momento por el decreto 23.852/45 y que, con variables matices, se mantiene hasta la actualidad, violando abiertamente el amplio y libre pluralismo gremial que preconiza la Constitución.

### 270. CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO

El art. 14 nuevo de la Constitución garantiza a los gremios el derecho de concertar convenios colectivos de trabajo. El convenio colectivo es un contrato relativo a las condiciones de trabajo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores, o una o varias asociaciones de empleadores, con una o varias organizaciones sindicales representativas de trabajadores y reconocidas por la legislación reglamentaria. Es obligatorio para todos los sectores que abarca, aunque no participen directamente en su concertación.

Conforme a la legislación laboral, la validez y vigencia de los convenios colectivos de trabajo están supeditadas a su homologación por la autoridad administrativa, y su obligatoriedad se extiende a todos los trabajadores y empleadores que desarrollen la actividad regulada por el convenio en su ámbito territorial de aplicación, aunque no formen parte de las entidades que los suscribieron.

Con respecto a esta última característica, si bien fue aceptada ya antes de la sanción del art. 14 nuevo de la Ley Fundamental, entendemos que es de dudosa validez constitucional, por cuanto se opone al pluralismo gremial y a la libertad de asociación de los empleadores.

De todas maneras, las cláusulas de una convención colectiva no pueden impedir que, en forma individual, el empleador pacte con el trabajador condiciones de trabajo mejores a las contenidas en aquéllas.

La validez de los convenios colectivos, al margen de su homologación por el Ministerio de Trabajo, está condicionada a que se ajus-



ten a la Constitución (862), tanto a su texto como al principio de razonabilidad.

Cuando median razones de emergencia o interés público, la Corte Suprema tiene resuelto que los convenios colectivos pueden ser modificados o derogados por ley del Congreso, o por el órgano ejecutivo en ejercicio de facultades legislativas delegadas o, incluso, mediante decretos de necesidad de urgencia (863). Conforme a esta doctrina jurisprudencial, los convenios colectivos de trabajo están sujetos al control de constitucionalidad y su jerarquía es inferior a la asignada a las leyes. Esto es así porque una ley del Congreso, y el Poder Ejecutivo ejerciendo potestades legislativas delegadas o emitiendo decretos de necesidad y urgencia, puede modificar o derogar un convenio laboral. Sin embargo, esta solución no sería viable cuando, con carácter perceptivo, un tratado internacional regula ciertas condiciones laborales. Ellas no pueden ser desconocidas, en perjuicio del empleado, por un convenio colectivo ni por una ley, salvo si esta última deroga el tratado. Recordemos que, conforme al art. 75, inc. 22, de la Constitución las leyes, y también las convenciones colectivas, están subordinadas a los tratados internacionales.

## 271. REPRESENTACIÓN GREMIAL

El art. 14 nuevo de la Constitución Nacional establece que los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

Se trata de una garantía otorgada al trabajador, no a título personal, sino con motivo de la función gremial que desempeña. Su propósito es el evitar la adopción de represalias o de medidas que lesionen arbitrariamente los derechos del trabajador durante el lapso en que ejerce la representación gremial, o que habiendo concluido su mandato sean consecuencia del mismo.

Al margen de las medidas de protección razonables que puedan resultar de la legislación reglamentaria, la Constitución prevé expresamente la estabilidad del empleo para el representante gremial durante el ejercicio de su función, pudiendo extenderse a un lapso prudencial posterior a la cesación del mandato, a fin de evitar las represalias y las sanciones encubiertas cuya causa resida en actitudes adoptadas en el período anterior.

---

(862) Fallos CS 308:857.

(863) Fallos CS 307:326; 316:2624.

La protección constitucional se extiende solamente a los representantes de los gremios constituidos de acuerdo a la ley y cuyo mandato se oficialice conforme a las normas reglamentarias. Pero ella no impide el despido con causa justificada del representante gremial, ni la cesación del empleo por razones no imputables al empleador.

## 272. LA HUELGA

El art. 14 nuevo de la Constitución Nacional garantiza a los gremios el derecho de huelga. No se trata de un derecho individual del trabajador, sino de un derecho colectivo cuyo ejercicio corresponde exclusivamente a los gremios conforme a la legislación reglamentaria.

La huelga es un derecho gremial consistente en la abstención colectiva del trabajo dispuesta por un sindicato con el propósito de defender, directa o indirectamente, intereses relacionados con la actividad o condiciones laborales de los trabajadores.

El derecho de huelga no estaba previsto expresamente en el texto constitucional antes de la reforma de 1957, lo cual resulta comprensible si tenemos en cuenta que el desarrollo del Derecho del Trabajo, en cuyo seno se gestó esta institución, comenzó a vislumbrarse en la segunda mitad del siglo XIX.

Sin embargo, esa circunstancia no fue obstáculo para que, merced a una interpretación dinámica, se reconociera el derecho de huelga y se le asignara la tutela constitucional. Los constituyentes tuvieron la suficiente inteligencia y visión de futuro para dotar a la Constitución Nacional de la generalidad y flexibilidad necesarias que permitieran, a través de una interpretación dinámica o progresista de sus disposiciones, proyectar sus normas sobre situaciones e instituciones inexistentes al tiempo de su sanción, pero que se conjugaban perfectamente con los propósitos que inspiraron su elaboración: la libertad y dignidad del hombre.

Por tal razón, con anterioridad a la reforma constitucional de 1957, no existía duda alguna de que la Ley Fundamental reconocía implícitamente el derecho de huelga como una consecuencia necesaria del derecho de asociación en materia laboral. Teniendo en cuenta la finalidad personalista de la Constitución, teniendo en cuenta que la enunciación de los derechos contenida en el art. 14 no es taxativa, teniendo en cuenta lo que establecen los arts. 28 y 33 de la Constitución, no cabía duda alguna de que el derecho de huelga tenía rai-gambre constitucional.

Tal conclusión no disfrutó de aceptación uniforme. Con motivo de la reforma constitucional de 1949, el entonces bloque mayoritario se opuso a la incorporación del derecho de huelga a la Constitución, por considerar que se trataba de un acto ilícito que vulneraba el orden jurídico establecido.

En la Convención Constituyente de 1949, el convencional por la mayoría "peronista", Arturo Sampay, destacó que *"si bien existe un derecho natural de huelga, no puede haber un derecho positivo de huelga, porque —aunque esto haya sonado como una galimatía— es evidente que la huelga implica un rompimiento con el orden jurídico establecido que, como tal, tiene la pretensión de ser un orden justo, y no olvidemos que la exclusión del recurso de fuerza es el fin de toda organización social"*. En igual sentido, el también convencional por la mayoría peronista, Hilario Salvo dijo: *"Como dirigente obrero debo exponer por qué razón la causa peroniana no quiere el derecho de huelga. Si deseamos que en el futuro esta Nación sea socialmente justa, deben de estar de acuerdo conmigo los señores convencionales en que no podemos, después de enunciar este propósito, hablar a renglón seguido del derecho de huelga, que trae la anarquía y que significa dudar de nuestra responsabilidad y de que en adelante nuestro país será socialmente justo. Consagrar el derecho de huelga es estar en contra del avance de la causa proletaria en el campo de las mejoras sociales. Todos saben bien que ese derecho es un canto de sirena. Todos saben que los obreros han realizado en tres años un avance formidable en materia de conquistas sociales. Esas conquistas quedarían relegadas para el resto de la historia si se aceptara el derecho de huelga"* (864).

No compartimos esa opinión, pues el derecho de huelga, como derecho gremial colectivo, es uno de los instrumentos lícitos más eficaces utilizados por los trabajadores para la defensa de sus legítimos intereses profesionales y, al igual que los restantes derechos constitucionales, no es un derecho absoluto, sino relativo y sujeto a los límites razonables que emanan de su reglamentación, tal como lo prescriben los arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional.

La reglamentación del derecho de huelga determina los sujetos que pueden ejercer el derecho, las medidas en que se concreta su ejercicio y los fines que se persiguen. Del cumplimiento de las normas reglamentarias depende la calificación de la huelga, que podrá ser legal o ilegal y, en el primero de los casos, justificada o injustificada.

---

(864) Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1949, t. I, ps. 275 y 489.

Precisamente, por no ser un derecho absoluto, se ha entendido que corresponde restringir su aplicación cuando nos enfrentamos con los llamados servicios esenciales de una comunidad, cuya falta de prestación puede perturbar seriamente a la población usuaria de dichos servicios, sin que ella tenga participación alguna en los conflictos laborales desencadenantes de la huelga. Tal es lo que acontece cuando la huelga afecta la prestación de los servicios públicos esenciales, como ser los servicios relacionados con la higiene y salud, la educación, los transportes públicos, las fuerzas armadas y de seguridad, la administración de justicia, los correos y telecomunicaciones, la recolección y desecho de residuos.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que la circunstancia de que el derecho de huelga esté consagrado por la Constitución no significa que sea absoluto, ni que impida su reglamentación legal, ni la apreciación judicial de las circunstancias (865), y cualquiera sea el alcance que se atribuya a la inserción del derecho de huelga en la Constitución es obvio que esta incorporación deja a salvo a los demás derechos y garantías que la Ley Suprema asegura a todos los habitantes del país (866). Por tal razón, la concesión del derecho de huelga con jerarquía constitucional no es obstáculo a la sanción legal de tipos de conducta que importen extralimitaciones en el ejercicio razonable de ese derecho (867).

Como el derecho de huelga no es absoluto ni excluyente de los demás derechos constitucionales, no puede impedir toda acción patronal contraria a los huelguistas, de modo que, si ella es declarada ilegal, tiene justa causa el despido del personal que no acató la intimación de volver al trabajo.

Por otra parte, no se concibe el legítimo ejercicio del derecho de huelga a través de la ejecución de actos de violencia sobre bienes o personas, porque ello es incompatible con el respeto de los restantes derechos constitucionales reconocidos a todos los integrantes de la comunidad. En igual sentido, el pago de los salarios correspondientes al período de la huelga solamente es exigible cuando está aceptada su legalidad.

El objeto de la huelga es la defensa de los intereses profesionales de los trabajadores agrupados en el gremio que la declara. Ello conduce a descalificar las huelgas dispuestas por razones políticas o so-

---

(865) Fallos CS 251:472.

(866) Fallos CS 242:353.

(867) Fallos CS 258:267.

ciales desvinculadas de aquella finalidad. Otro tanto acontece con las llamadas *huelgas de solidaridad*.

Admitiendo que la huelga no configura un derecho absoluto, se ha sostenido, con razón, que existen sólidos argumentos para negar esa potestad cuando se trata de la prestación de servicios públicos, a cargo del Estado o de los concesionarios, ya que constituye un deber ineludible de toda la sociedad asegurar la continuidad de los servicios públicos que posibilitan su desenvolvimiento elemental (868). Asimismo, y considerando que por su naturaleza de hecho coactivo la huelga debe ser el último recurso a emplear para presionar la solución de un conflicto laboral, su reglamentación debe ser estricta pero siempre razonable (869).

A esta concepción respondió la Acordada 30/90, dictada el 8 de mayo de 1990 por la Corte Suprema de Justicia, en la cual se expresó que *"el ejercicio del derecho de huelga no puede afectar sustancialmente la continuidad de los servicios públicos, ni el orden social, ni la paz pública, valores cuya tutela se halla a cargo del Estado por imposición constitucional, que supone reconocerle las facultades que fuesen necesarias para asegurarla, pues, al cabo, sería contrario al entendimiento común asignarle al derecho constitucional de huelga un rango superior a la serie de deberes y correlativas facultades del Estado, también de raíz constitucional, que se vinculan con la adecuada consecución de los fines antes expresados"*.

La ley 25.877 que regula las convenciones colectivas de trabajo y los conflictos colectivos de trabajo, establece en su art. 24 que cuando las huelgas involucren actividades consideradas como servicios esenciales, se deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción.

Califica de esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas, y el control del tráfico aéreo. A ellos se añaden las actividades que prevea la reglamentación en dos casos: 1) cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la huelga ponga en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; 2) cuando se traten de servicios públicos de importancia trascendental conforme a los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

---

(868) RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, t. II, p. 223, ob. cit.; SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, p. 575, ob. cit.

(869) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 418, ob. cit.

La ley añade que el Poder Ejecutivo deberá reglamentar el art. 24 dentro del plazo de 90 días. Plazo que venció holgadamente sin que se emitiera esa reglamentación, pues la ley fue publicada el 19 de marzo de 2004. Sin embargo, consideramos que la primera parte del art. 24 es operativa en cuanto define cuáles son las actividades esenciales, imponiendo el deber de garantizar su prosecución de manera tal que no resulten interrumpidos.

### 273. SEGURIDAD SOCIAL

La seguridad social, como producto del constitucionalismo social, es un concepto general, esencialmente dinámico, que se concreta en medidas legales destinadas a concretar el bienestar general citado en el Preámbulo de la Constitución.

Ese bienestar general, que ya estaba previsto en el art. 13 de la Constitución de Cadiz, requiere de la programación de una política arquitectónica estatal encaminada a permitir que las personas disfruten de los beneficios materiales y espirituales generados por el progreso para satisfacer sus necesidades.

La seguridad que se procura ofrecer a la comunidad en general, y a sus integrantes en particular, presupone una limitación a la libertad individual en función de las modalidades sociales y económicas contemporáneas. Ello no es óbice para que, en algún momento de la historia de la humanidad, el logro de la seguridad se pueda materializar sin acudir a aquella limitación. Sin embargo, el enfoque clásico aplicable en la realidad actual, torna necesaria aquella limitación siempre que sea razonable y no desnaturalice la cláusula del art. 28 de la Ley Fundamental.

El logro del bienestar general a través de la seguridad social es un objetivo imposible de concretar en forma inmediata. Su concreción, respetando la vigencia de la libertad, solamente es factible de manera progresiva cubriendo, paulatinamente, sus contenidos primarios mediante los productos del progreso tecnológico y económico de una sociedad.

Una de las primeras normas modernas referentes a la seguridad social fue la Social Security Act de 1937 dictada en los Estados Unidos. Se limitaba a tutelar a los ancianos, ciegos, niños, incapacitados y desocupados mediante la acción estatal financiada con sus recursos ordinarios. Se trató de la primera regulación de carácter orgánico y específico sobre el particular.

En la primera mitad del siglo XX, el concepto de seguridad social se limitó a la cobertura de ciertos riesgos que afectaban a los trabajadores que prestaban servicios bajo relación de dependencia. Pero, paulatinamente, la cobertura se fue extendiendo a todos los individuos. Concepción, esta última, que se adecua de mejor manera al ideal del bienestar general y de la dignidad humana que presupone.

En esa primera etapa del desarrollo del concepto de seguridad social, su contenido se concentraba en la adopción de medidas legales para la cobertura de ciertos riesgos biológicos, tales como la enfermedad, los accidentes, la muerte, la incapacidad, la maternidad, la vejez y otros similares.

En una segunda etapa, su aplicación no se limitó a la cobertura, sino también a la prevención de tales riesgos y a la incorporación de otros siempre relacionados con la necesidad de preservar la dignidad humana. Tales fueron, a título de ejemplo, la defensa de la familia y el matrimonio, la protección de la infancia, la instrumentación de la jubilación y la compensación económica familiar, la educación en todos sus niveles, el resguardo de la familia, la creación de fuentes laborales, la protección para los desempleados y otras contingencias sociales cuya enunciación resulta imposible debido al dinamismo de la vida social.

En la actualidad se traduce en el conjunto de medidas adoptadas por el Estado, los grupos sociales, e inclusive por los individuos, para garantizar a todos los miembros de una sociedad la prevención y el resguardo frente a ciertos riesgos mediante la creación de las organizaciones y sistemas apropiados para tal fin. Básicamente, se procura apuntalar la dignidad humana mediante la concreción del bienestar general en función de los valores e ideas dominantes en la sociedad.

La articulación de ese conjunto de medidas permite la conformación de una red de seguridad nacional que, en su versión contemporánea más óptima se presentan en los países desarrollados. En ellos el sistema es sostenido por el Estado y con una importante complementación proveniente de la gestión altruista de entidades privadas sin fines de lucro.

Buscaglia destaca que el sistema de solidaridad administrado por el Estado, adolece de múltiples fallas y fomenta la corrupción. *"El lamentable servicio que brindan muchos hospitales públicos, virtualmente desmantelados y la precariedad de algunos servicios de salud mentales, son prueba de ello"*. Y, prosiguiendo con la descripción de nuestra realidad social, añade que *"no existe una red de seguridad social con derechos igualitarios para sus destinatarios y el sistema*

*previsional de jubilaciones y pensiones, que fuera concebido con los aportes de los trabajadores activos, basado en un sistema de capitalización de sus ahorros, ha sido saqueado por el Estado, malversando los fondos aportados por sus adherentes, que hoy perciben ingresos irrisorios en contraprestación con los magnos ingresos jubilatorios de privilegio concedidos a quienes desempeñaron altas funciones políticas, legislativas y ejecutivas, aún por escaso tiempo y con mínimos aportes previsionales” (870).*

## 274. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

Con referencia a la seguridad social, el art. 14 nuevo de la Constitución establece que el Estado otorgará los beneficios propios de la misma, que tendrán carácter 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; protección integral de la familia; defensa del bien de familia; compensación económica familiar; y el acceso a una vivienda digna.

Existen otras disposiciones constitucionales sobre seguridad social como instrumento para concretar el bienestar general que prevé el Preámbulo. Entre ellas, el art. 75, inc. 19, que impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano; el progreso económico con justicia social; la generación de empleo; la formación profesional de los trabajadores; garantizar los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal.

También el art. 75, en su inc. 23, dispone que el Congreso debe promover medidas de acción positiva que permitan el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas discapacitadas. Asimismo, el Congreso debe dictar un régimen de seguridad social especial e integral para proteger a la niñez en situación de desamparo, desde el embarazo y hasta la finalización del período de enseñanza elemental. Régimen que se debe extender a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

---

(870) ADOLFO BUSCAGLIA, *Ética política y económica*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires 2005.



Similar regulación resulta de algunos de los tratados internacionales sobre derechos humanos a los cuales, el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental les otorga jerarquía constitucional y superior a la de las leyes del Congreso.

El art. 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que el derecho a la seguridad social protege a las personas contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad, ya sea física o mental, para obtener los medios de subsistencia.

Con mayor amplitud, el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce a las personas el derecho a un nivel de vida que le asegure salud, bienestar, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y servicios sociales. Ese derecho también abarca la cobertura de los riesgos que acarrearán el desempleo, la enfermedad, la invalidez, la viudez, la vejez y aquellos casos de pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias independientes de la voluntad del individuo.

Por su parte, y utilizando una forma genérica, el art. 9° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que los Estados reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social y al seguro social.

En su art. 10 dispone que los Estados deben conceder a la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos; conceder especial protección a las madres durante un tiempo razonable antes y después del parto; conceder a las madres que trabajen licencias con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social; adoptar medidas especiales de protección y asistencia para los niños y adolescentes, prohibiendo su empleo en trabajos nocivos para su moral, salud o desarrollo normal.

El art. 11 impone el deber para el Estado de reconocer, a toda persona, el derecho a un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestimenta y vivienda; proteger a las personas contra el hambre.

Por su parte, el art. 12 establece que los Estados reconocen a toda persona el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental debiendo, a tal fin, proveer lo conducente para la prevención y tratamiento de las enfermedades y la creación de las condiciones que aseguren, a todas las personas, asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

El art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, ordena a los Estados que deben reconocer a las personas que tutelan el derecho a la seguridad social, particularmente, en los casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece, en su art. 24, que los Estados reconocen el derecho del niño para disfrutar del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud; asegurar la prestación de asistencia médica y sanitaria que sea necesaria; combatir la desnutrición; asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal de las madres.

El art. 26 obliga a los Estados a reconocer a los niños los beneficios de la seguridad social, incluyendo el seguro social. El art. 27 prescribe que los Estados reconocen a los niños el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, sin perjuicio de asignar a los padres la responsabilidad primaria de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

Se trata de principios de carácter programático que asignan al Estado el deber de dar cumplimiento a sus contenidos de acuerdo a sus posibilidades y recursos. Pero, si bien se trata de una obligación impuesta prioritariamente a los Estados, ella es extensible a los individuos y grupos sociales en forma subsidiaria. Así, el art. 35 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, dispone que toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso particular.

Entre las medidas y sistemas que, con base constitucional, se pueden instrumentar para concretar la seguridad social, cabe mencionar a las siguientes:

- 1) La asistencia social a cargo del Estado, que puede extenderse a toda la sociedad, o solamente a las personas que carecen de los recursos elementales para solventar las prestaciones que necesitan. La primera de estas alternativas es la que aparece impuesta por las normas jurídicas ya citadas. El deber primario recae sobre el Estado, sin perjuicio de los servicios que, de manera subsidiaria, puedan prestar los particulares.
- 2) El seguro social obligatorio. Se puede instrumentar directamente con el Estado, con las entidades particulares autoriza-

das y fiscalizadas por el Estado o con entidades privadas desprovistas de ese control.

- 3) El seguro social voluntario que puede coexistir y ser complementario del anterior.
- 4) Los servicios públicos de asistencia que organiza el Estado y aquellos que son desarrollados en forma privada con o sin fiscalización estatal.
- 5) Las jubilaciones, cuyo otorgamiento puede estar a cargo del Estado, de los particulares o mediante la instrumentación de un sistema mixto.
- 6) Las pensiones cuyo régimen regulatorio puede ser similar al de las jubilaciones, sin perjuicio de las de carácter individual que puede otorgar el Congreso (art. 75, inc. 20, C.N.).

## 275. SEGURO SOCIAL

El seguro social de carácter obligatorio está impuesto por el art. 14 nuevo de la Constitución. El contenido de su cobertura y los sujetos obligados a ingresar al sistema son determinados por la legislación reglamentaria.

Como regla general, están incorporados al sistema todos aquellos individuos que presten servicios laborales o profesionales de cualquier índole, así como también los integrantes de su grupo familiar. Ello no es óbice para que el Estado tenga el deber de amparar a las personas que no prestan tales servicios de manera regular. Tal es lo que acontece con los servicios de asistencia médica o con el otorgamiento de pensiones para la cobertura de ciertas contingencias.

La cobertura de los costos del seguro social y, particularmente, de la asistencia médica básica deberían ser solventados con los recursos ordinarios que obtiene el Estado mediante el ejercicio de sus potestades impositivas. Sin embargo, en la práctica el grueso de esa cobertura proviene de los aportes que, por obligación legal, deben efectuar los particulares. Ya sea directamente al Estado o a las entidades a las cuales se les impone la afiliación obligatoria.

La obligación de practicar los aportes en materia de seguridad social y asistencia médica recae sobre las personas que prestan servicios bajo relación de dependencia, sus empleadores y quienes desarrollan tareas autónomas. En el caso de estas últimas la obligación se extiende inclusive a aquellos que, por la naturaleza de la actividad

que desarrollan, están obligados a afiliarse a organismos de previsión social.

La ineficiencia del Estado en dar cumplimiento directo a sus obligaciones, determinó la regulación de sistemas que transfirieron aquella carga a las obras sociales de diversas actividades, a las administradoras de riesgos del trabajo y, parcialmente, a las entidades de medicina prepaga.

Tal solución entendemos que no puede ser cuestionada constitucionalmente. Si bien el art. 14 nuevo dispone que el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social, ello en modo alguno significa que la prestación de los servicios correspondientes deba ser efectuada, de manera excluyente, por el Estado. Otorgar tales beneficios significa estructurar un sistema que los torne efectivos, ya sea bajo la acción directa del Estado, o por entidades privadas sujetas al control y fiscalización del Estado, o mediante la aplicación de un mecanismo mixto. Otro tanto cabe sostener en materia de jubilaciones y pensiones. Lo que sí corresponde al Estado es la determinación de los servicios, su cuantificación y las condiciones a cumplir para tener acceso a ellos.

Esta interpretación permite avalar la constitucionalidad de la ley 24.557, que estableció el sistema de las aseguradoras de riesgos del trabajo, y de la ley 23.241 que hizo lo propio con las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones.

La ley 24.557, que reformuló el sistema jurídico en materia de indemnizaciones por accidentes de trabajo que estaban a cargo del empleador, fue sancionada con el propósito de garantizar la prevención y resarcimiento de los daños derivados de tales accidentes. Además, y como objetivos complementarios, se buscó el incremento de las inversiones privadas de riesgo, fomentar el ahorro, promover el crecimiento de la economía mediante tales inversiones, atraer capitales de inversión a largo plazo, mejorar la recaudación fiscal, reducir el trabajo ilegal y los costos laborales de los empleadores.

Las entidades aseguradoras deben ser autorizadas por el Estado, previa acreditación de requisitos atinentes a la solvencia financiera, capacidad de gestión y aquellos de tipo reglamentario que establezca la autoridad de aplicación.

La labor que desarrollan las administradoras privadas no se limita al cobro de una prima para cubrir, con una indemnización dineraria, la producción del siniestro que afecte al trabajador. Su función es mucho más amplia.

Por una parte, tienen a su cargo la administración de los fondos que recauda el Estado provenientes de los trabajadores en relación de dependencia, de los empleadores y trabajadores autónomos. Estos fondos deben ser invertidos por las administradoras en los rubros que determina la ley, asumiendo el consecuente riesgo empresario.

Con tales fondos deben prestar una serie de servicios que hacen a la seguridad social. Entre ellos, se encuentra la prevención de los accidentes de trabajo implementando y fiscalizando la ejecución de las medidas de seguridad e higiene que la ley impone a los empleadores; la cobertura de la asistencia médica y farmacéutica que demande la curación del daño provocado por el accidente de trabajo o enfermedad profesional; la prestación de prótesis, ortopedia y tratamientos de rehabilitación; efectuar la recalificación profesional del trabajador determinando las áreas laborales en que puede prestar servicios; y la prestación de servicios funerarios.

Mediante el sistema implementado, el trabajador afectado no asume el riesgo de la insolvencia del empleador, como acontecía antes de ser sancionada la ley 24.557, y este último, no queda sujeto a una responsabilidad directa que puede afectar considerablemente la prosecución de su actividad empresaria. Por otra parte, para percibir el resarcimiento del daño laboral, el empleado se beneficia con la fijación administrativa de un régimen tarifado que, para cada caso, es determinado por una junta médica oficial ante la cual denuncia el daño sufrido, sin tener que litigar con su empleador.

El sistema no impide la contratación de seguros complementarios no obligatorios por parte del trabajador, ni tampoco acudir a regímenes de capitalización.

Las bondades del sistema, que siempre pueden ser perfeccionadas por el Estado, se han visto parcialmente deterioradas por tres factores.

El primero reside en que los cobros de los aportes están a cargo del Estado, el cual no siempre actúa con la eficiencia debida y, además, por la percepción de ellos se impone, a las administradoras, el pago de una tasa de recaudación y de comisiones bancarias.

El segundo, consiste en la demora, no menor a tres meses, en materializar la transferencia de los fondos recaudados a las administradoras. Fondos con los cuales, y durante ese lapso, se financia gratuitamente la actividad estatal.

El tercero se tradujo en el perjuicio ocasionado por el Estado por la pesificación dispuesta en enero de 2002 sobre los fondos que, en

moneda extranjera, las administradoras habían invertido en operaciones financieras bancarias y en la adquisición de títulos de la deuda pública nacional.

El sistema fue convalidado por la Corte Suprema de Justicia (871). Se aceptó la validez del tope indemnizatorio que establezca la autoridad administrativa; que el empleador no responde por los daños causados por su culpa, los cuales son resarcidos por el sistema; y que el empleado sólo puede demandar al empleador por un resarcimiento mayor al tarifado para el daño cuando es ocasionado por la conducta dolosa del empleador.

Al decidir el caso "*Gorosito*" (872), del 1° de febrero de 2002, la Corte Suprema destacó que el legislador puede crear un sistema específico para la reparación de los daños del trabajo. Con la ley 24.557 se establecieron prestaciones en dinero y atenciones médicas integrales para la cobertura de los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales generadores de una incapacidad total o parcial, temporal o permanente, con la particularidad que las primeras se traducían en prestaciones periódicas, y no en un pago único, relacionando el régimen con el sistema previsional.

El procedimiento tradicional de la prestación única a cargo del empleador, que generalmente era precedido por la sustanciación de juicios laborales, cuya duración se prolongaba durante años y, cuando concluía favorablemente para el trabajador, le generaba una quita del 20% al 30% de la indemnización en concepto de honorarios de sus abogados, fue sustituido por un régimen donde la determinación y revisión de las incapacidades estaba a cargo de comisiones médicas cuyas conclusiones eran recurribles administrativa y judicialmente.

Los empleadores estaban exentos de toda responsabilidad civil, salvo si el daño era provocado por su dolo. En tal caso, el damnificado, sin perjuicio de poder acceder a los beneficios de la ley 24.557, podía reclamar la reparación de los mayores daños que hubiera sufrido acudiendo a las normas del Código Civil y promoviendo una acción judicial civil.

La Corte entendió que la limitación del acceso a la vía civil no era discriminatoria, porque las situaciones y riesgos que prevé la ley 24.557 difieren de las que se presentan en otras relaciones sociales donde se requiere la prueba judicial del daño y del monto de su re-

---

(871) Fallos CS 315:839; 322:346.

(872) Fallos CS 325:11; LA LEY, 2002-A, 936; DJ, 2002-1-364.

sarcimiento. Los actores de esas relaciones, precisamente, no podían acceder a los beneficios de la ley 24.557 quedando sujetos a las contingencias probatorias a producirse en un juicio y que siempre son aleatorias. Sin embargo la Corte entendió que la validez del art. 39 de aquella ley, que limitaba el acceso a la reparación civil, no era absoluta porque no es posible establecer en abstracto que esa norma conduce inevitablemente a la concesión de reparaciones menguadas.

En el caso "Aquino", resuelto el 21 de septiembre de 2004, la Corte modificó parcialmente su criterio al declarar la inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1º, de la ley 24.557. Consideró que, en el caso concreto, el monto indemnizatorio establecido para el empleado que sufrió un accidente de trabajo era irrazonable porque solamente abarcaba los daños materiales sin proteger la integridad psíquica, física y moral del empleado. Pese a que no había mediado dolo del empleador resolvió que el empleado podía reclamarle la indemnización de la totalidad de los daños que había padecido.

Para el Tribunal, *"el desenlace de este litigio no implica la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños, lo cual incluye al propio de la LRT. Lo que sostiene la presente sentencia radica en que, por más ancho que fuese el margen que consienta la Constitución Nacional en orden a dichas limitaciones, resulta poco menos que impensable que éstas puedan obrar válidamente para impedir que, siendo de aplicación el tantas veces citado principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional: alterum non laedere, resulta precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales. En segundo término, la solución alcanzada no acarrea la frustración de los elevados propósitos de automaticidad y celeridad del otorgamiento de las prestaciones perseguidas por la LRT. En efecto, es manifiesto que del hecho de ser constitucionalmente inválido que la mentada prestación de la LRT origine la eximición de responsabilidad civil del empleador (art. 39, inc. 1), no se sigue que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo queden relevadas de satisfacer las obligaciones que han contratado en el marco de la citada ley. De tal suerte, este pronunciamiento no sólo deja intactos los mentados propósitos del legislador, sino que, a la par, posibilita que el empleador pueda encontrar protección en la medida de su aseguramiento"*.

Consideramos que el criterio adoptado por la Corte Suprema en el caso "Aquino", fue dogmático y que bien pudo, en el caso concreto, seguir la estructura brindada en el caso "Gorosito".

En el caso "Gorosito", la Corte consideró que no "se ha demostrado en el sub examine que la aplicación de la ley 24.557 comporte alguna postergación o, principalmente, la frustración del derecho al resarcimiento por daños a la integridad psicofísica o a la rehabilitación" (consid. 11), añadiendo que las limitaciones de la ley 24.557 "no son susceptibles de cuestionamiento con base constitucional salvo que se compruebe la existencia y realidad de un menoscabo sustancial a la garantía que invoca el interesado" (consid. 17) y que "no es posible predicar en abstracto que el precepto impugnado en la especie conduzca inevitablemente a la concesión de reparaciones menguadas con menoscabo de derechos de raigambre constitucional" (consid. 18).

En el caso "Aquino" la Corte dispuso la inaplicabilidad parcial de la ley 24.557 porque, precisamente, y en el caso concreto, se había acreditado la existencia y realidad de ese menoscabo sustancial al derecho invocado por el interesado.

De manera que, en ambos casos, la Corte consideró que la ley disfrutaba de la presunción de constitucionalidad. En "Gorosito", esa presunción no fue alterada con la prueba producida. En cambio, en "Aquino", y sobre la base de circunstancias fácticas, la Corte estimó que esa presunción había sido desarticulada con la prueba producida.

La inaplicabilidad parcial de la ley 24.557, en el caso "Aquino", fue resuelta sobre la base de las circunstancias fácticas particulares que se presentaron en el caso concreto. Existencia de un daño que no alcanzaba a ser reparado por la norma cuestionada. La inaplicabilidad no fue declarada —ni podía serlo— en abstracto, de modo que aquella normativa tiene plena vigencia en casos donde no está acreditado tal extremo. Y, si no está acreditado ese extremo, tiene plena aplicación la presunción de constitucionalidad de todo el articulado de la ley 24.557.

Es que, tal como lo tiene resuelto la Corte Suprema, "si la interpretación jurisprudencial tiene un valor análogo al de la ley, es precisamente porque integra con ella una realidad jurídica; es, no una nueva norma, sino la norma interpretada cumpliendo su función rectora en el caso concreto que la sentencia decide" (873). Y, ese razonamiento, no puede ser desconocido ya que, caso contrario el juez asumirá el rol de legislador alterando la conformación de la Ley Fundamental que se pretende respetar. Recordemos que ya hace más de 125 años la Corte decidió "que aunque esas leyes puedan considerarse rezagadas con relación a las de otros países, a ellas sin embargo, deben sujetarse los jueces de la República, no a las leyes, prácticas o costum-



bres extrañas, por dignas que sean de imitación, porque no es al Poder Judicial sino al Legislativo al que corresponde innovar" (874).

Ante cada caso concreto, el juez decidirá si es aplicable la ley 24.557, porque no crea la ley sino que la interpreta. Bien se ha dicho que, "Por precisa y clara que sea la norma, ella es siempre aplicada con motivo de un hecho, de un acto, de una situación jurídica. Y al aplicar la norma, el juez debe valorarla en relación al hecho o situación jurídica de que se trata. La valoración no la hace el juez para regular la situación a la cual la norma debe aplicarse, sino para acomodar la norma a esa situación. El juez no crea norma alguna, sino que determina la que debe aplicarse de entre las existentes" (875).

Así, se ha destacado que "la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan y a ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma" (876) y que "no puede constituir criterio interpretativo válido el de anular unas normas constitucionales por aplicación de otras, sino que debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás" (877).

La proyección de tales aseveraciones avalan la plena aplicabilidad de la ley 24.557 en la medida que no se acredite debidamente su inaplicabilidad por no adecuarse, de manera manifiesta y grosera, a las exigencias del resarcimiento debido. Principio que no puede ceder mediante una interpretación clasista del art. 14 nuevo de la Constitución porque, a margen de no compadecerse con el texto de su art. 16, no se adecuaría a una interpretación armónica y sistemática de la Ley Fundamental. Máxime teniendo en cuenta que el derecho resarcitorio no está incluido en la lista de derechos preferentes que enuncia el art. 27, inc. 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, y al margen de ciertas citas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contenidas en algu-

---

(874) Fallos CS 21:130.

(875) RAFAEL BIELSA, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, p. 48, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1936.

(876) Fallos CS 310:1393.

(877) Fallos CS 311:2272.

nos votos del caso "Aquino", no se puede prescindir de su art. 5° cuando establece que *"Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuos para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos liberales reconocidos en el Pacto o a su limitación en medida mayor que la prevista en él"*. Porque las obligaciones impuestas al Estado en su art. 7°, inc. b), están precisamente amparadas por la ley 24.557, así como también el seguro social al cual alude el art. 9° de aquella Convención. Inclusive, las recomendaciones formuladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Estado Nacional —citadas en algunos votos del caso "Aquino"— se limitan a la *"higiene y seguridad en el lugar de trabajo"*, habiendo sido efectuadas sobre la base de circunstancias fácticas advertidas antes de que el régimen de la ley 24.557 quedara perfeccionado en la práctica, al margen de su dinámico mejoramiento.

En síntesis, la presunción de constitucionalidad que acompaña a la ley 24.557 desde su entrada en vigencia, debe ser respetada por el Poder Judicial y, solamente, puede ceder en un caso concreto cuando acarrea una manifiesta, sustancial e intolerable lesión ya que, como bien ha dicho la Corte Suprema, *"no incumbe a los jueces, en ejercicio regular de su misión, substituirse a los Poderes del Estado en atribuciones que les son propias, ya que la función más delicada del Poder Judicial es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros Poderes y jurisdicciones"* (878).

La desarticulación parcial del sistema implantado por la ley 24.557 fue acentuada en los casos "Castillo" (879) y "Milone" (880).

En el primero, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 46, inc. 1°, de la ley 24.557 que disponía la competencia de la justicia federal para entender en los recursos deducidos contra las resoluciones de las comisiones médicas con asiento en las provincias. Consideró que el legislador no podía restringir la jurisdicción de los tribunales provinciales cuando regula materias propias del derecho común, como son los accidentes laborales, a través de la potestad que le confiere el art. 75, inc. 12, de la Constitución.

---

(878) Fallos CS 313:228.

(879) Sentencia del 7 de septiembre de 2004 en "Castillo c. Cerámica Alberdi"; Fallos CS 327:3610; LA LEY, 2005-A, 259.

(880) Sentencia del 26 de octubre de 2004 en "Milone c. Asociat ART"; Fallos CS 327:4607, LA LEY, 29 de octubre de 2004; IMP, 2004-B, 2607; DJ, 2004-3-733.

En el segundo, la Corte Suprema entendió que si bien el art. 14.2.b de la ley 24.557 no es constitucionalmente censurable al establecer que, para ciertas incapacidades, la reparación dineraria debe ser satisfecha mediante una renta periódica, si es merecedora de reproches si no prevé excepciones para los supuestos de incapacidades severas. Así, el sistema importa un tratamiento discriminatorio para los damnificados víctimas de incapacidades superiores al 20% e inferiores al 66%, que reciben una renta periódica, de quienes sufren una minusvalía de rango inferior y perciben la indemnización en un pago único. Ello siempre que, en el caso concreto, se acredite que el sistema de pago periódico impide el cumplimiento de la finalidad reparadora que prevé la ley 24.557. Por tal razón, en el voto de la minoría se destacó que era improcedente la declaración de inconstitucionalidad toda vez que, el requirente, se limitó a descalificar la renta periódica mediante agravios vinculados con la depreciación monetaria y a la obtención de una renta financiera mayor, sin proveer evidencia económica alguna sobre las ventajas de la sustitución de la renta periódica por un pago único e íntegro.

## 276. ASISTENCIA MÉDICA Y DERECHO A LA SALUD

Una de las funciones fundamentales del Estado consiste en desarrollar, directamente, la medicina preventiva y curativa en resguardo del derecho a la salud. Ella, en su momento, fue ejecutada eficientemente a través de los hospitales públicos gratuitos. No solamente prestaron un servicio fundamental para la sociedad, sino también contribuyeron a la capacitación profesional de los médicos.

Paulatinamente, se fue deteriorando el rol estatal en materia de salud debido a la insuficiencia de recursos y a la deplorable administración de los existentes. La ineptitud del Estado no pudo satisfacer la complejidad de la medicina moderna que requiere de crecientes recursos materiales y humanos.

El derecho a la salud, consecuencia elemental para disfrutar del derecho a la vida, resulta de una interpretación teleológica de la Constitución. Está reconocido, implícitamente, en sus arts. 14 nuevo, tercer párrafo, 19, 33, 41, 75 incs. 18, 19 y 23, sin mengua de la referencia al bienestar general incluida en el Preámbulo.

A este derecho se refieren varios de los tratados internacionales sobre derechos humanos que enuncia el art. 75, inc. 22, de la Constitución.

Así lo hace la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en sus arts. I, VII, XVI y, en especial, el art. XI al establecer que *"toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad"*.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, prevé el derecho a la salud en sus arts. 3º, 22 y 25. Este último dispone que toda persona tiene derecho a la salud, al bienestar, a la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra el derecho a la salud a través del reconocimiento del derecho que tiene toda persona para que se respete su vida (art. 4º).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se refiere al derecho a la vida en sus arts. 9º, 10, 11 y 12. Este último establece que los Estados *"reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"*.

El derecho a la salud se traduce en la potestad del individuo para exigir su satisfacción al Estado, el derecho a que nadie perjudique su salud y el derecho a recuperar la salud.

La Corte Suprema tiene resuelto que el Estado debe proteger la salud pública (881). Que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, siendo su secuela el derecho a la salud (882). La autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud mediante acciones positivas (883). El Estado tiene el deber de asegurar a los menores discapacitados los tratamientos médicos en la medida que no puedan afrontarlos las personas de quienes dependan, o los entes de obra social a que estén afiliados (884). El Estado tiene la obligación de suministrar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento del sida (885).

La crisis del hospital público fue la causa del surgimiento de las obras sociales de medicina y, posteriormente, del auge de las empresas privadas de medicina prepaga. Su desarrollo se concreta mediante una relación contractual voluntaria en la cual, el afiliado

---

(881) Fallos CS 31:274; 310:112.

(882) Fallos CS 326:4931.

(883) Fallos CS 324:3569; sentencia del 24 de mayo de 2005 en el caso *"Orlando c. Provincia de Buenos Aires"*; LA LEY, 2002-D, 620; DJ, 2002-2-598.

(884) Fallos CS 327:2127.

(885) Fallos CS 323:1339.

queda obligado al pago periódico de un abono y, la empresa, a prestar los servicios médicos y hospitalarios concertados.

Es un contrato de derecho privado y no de derecho público, bilateral, oneroso, de ejecución continuada y que, generalmente se celebra con las características de un contrato de adhesión. Esta modalidad determina que, por vía administrativa o judicial, se procure evitar la inclusión de cláusulas abusivas o manifiestamente extrañas a los principios de buena fe que deben regir en las relaciones contractuales (886).

El colapso del servicio médico estatal fue el factor determinante en el surgimiento de esos emprendimientos privados que dejaron de ser complementarios para amplios sectores de la población.

Si bien esos emprendimientos surgieron de manera espontánea satisfaciendo una necesidad social, pronto quedaron sujetos a una serie de regulaciones estatales mediante la imposición de programas médicos obligatorios que, muchas veces, abarcan prestaciones médicas sumamente onerosas que desembocan en un encarecimiento de los servicios traducido en el incremento del precio que paga el abonado o, en su defecto, en la prestación de servicios de menor calidad.

En ambos casos se manifiesta un riesgo. En el primero, el retorno a un precario hospital público de los abonados que no cuentan con recursos suficientes para afrontar el alza de las cuotas. En el segundo, la pérdida de la excelencia que siempre caracterizó a la medicina privada.

Resulta innegable que, la seguridad social, debe estar asegurada por el Estado y que su concreción, por vía directa, tendría que estar a su cargo, sin perjuicio de las prestaciones complementarias que puedan provenir del sector privado. La paradoja reside en que el Estado transfiere su obligación primaria a ese sector y, simultáneamente, mediante una regulación propia de un servicio público estatal, le impide a los emprendimientos privados satisfacer, con un grado elevado de excelencia, las necesidades que determinaron su conformación.

En esta área, como en tantas otras atinentes a la seguridad, al claudicar el Estado en su deber de satisfacer las necesidades sociales, la actividad privada cubre los vacíos respondiendo a una demanda colectiva, pero mal se puede exigir legalmente que ella supla la inoperancia del Estado.

---

(886) Fallos CS 324:677; 325:677; sentencia del 2 de diciembre de 2004 en el caso "V.W.J. c. *Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles*".

## 277. RÉGIMEN JUBILATORIO

El art. 14 nuevo de la Constitución dispone que la ley debe establecer jubilaciones y pensiones móviles.

La jubilación consiste en el derecho que se le reconoce a una persona para percibir cierta suma de dinero en forma periódica, usualmente mensual, una vez que ha cesado en su actividad laboral o profesional, y siempre que cumpla con los requisitos impuestos por el legislador respecto de su edad, antigüedad en el empleo y pago de aportes. Requisitos que no necesariamente son uniformes, porque pueden variar según el tipo de actividad desarrollada por el sujeto o las circunstancias determinantes del cese en su actividad.

El régimen jubilatorio es abarcativo de las pensiones. Consisten en un derecho similar que se les reconoce a determinados familiares o causahabientes del jubilado.

La jubilación tiene por objeto asegurar una subsistencia digna para aquellos que no pueden, por razones de salud, proseguir prestando servicios laborales y a las personas que, en un momento avanzado de sus vidas, deciden voluntariamente cesar en la prestación de actividades laborales o productivas.

El beneficio económico que recibe el jubilado, y cuyo monto es establecido por la ley, integra su derecho de propiedad. Quien recibe una jubilación, no puede ser privado de ella a menos que, con los alcances que fije la ley, decida retornar a la actividad laboral. Pero esto último solamente puede acarrear la suspensión total o parcial del haber jubilatorio, porque se trata de un derecho ya adquirido.

Ese beneficio debe guardar una razonable proporción con la remuneración o ingreso que percibía durante el tiempo en que prestó sus servicios. Como la jubilación es un haber pasivo, su monto le debe permitir al beneficiario desarrollar una vida digna. Similar a la que tuvo, en orden a la satisfacción de sus necesidades, merced al haber que percibió en su período de actividad y a los aportes que realizó compulsivamente.

La jubilación es móvil. La movilidad significa que el haber jubilatorio originario puede ser aumentado, pero no reducido en valores reales de una manera tal que destruya aquella relación de proporcionalidad originaria. Caso contrario, se estará vulnerando el derecho de propiedad adquirido por el beneficiario.

Esa lesión se opera cuando el monto jubilatorio deja de guardar relación con el que percibiría de proseguir en actividad, o cuando su poder adquisitivo aparece sensiblemente deteriorado como conse-

cuencia de un proceso inflacionario (887). Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que los índices de movilidad previstos en el art. 14 nuevo de la Constitución quedan librados al criterio legislativo y que, el control judicial, sólo es viable para apreciar su razonabilidad frente a las contingencias económicas que se produzcan (888). Ello conlleva a sostener que, durante una crisis económica, cabe suspender el principio de movilidad aunque solamente de manera transitoria.

Consideramos que esta solución es aceptable si el lapso de la suspensión es relativamente breve, y si el monto del haber jubilatorio fijo resulta razonable. De todas maneras, vencido el plazo de la suspensión, entendemos que existe la obligación de resarcir al beneficiario por la diferencia que tenía derecho a percibir (889).

El fracaso de los sistemas jubilatorios estatales en el curso de los últimos cuarenta años obedeció a dos razones. Por una parte, a los agudos procesos inflacionarios determinantes de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y, por ende, del haber jubilatorio. Ese desfase, salvo alguna excepción, jamás fue paliado mediante un incremento razonablemente proporcional de los haberes jubilatorios provocando su paulatina degradación.

Por otra parte, el Estado no respetó la intangibilidad de los aportes jubilatorios. Ellos, con sugestiva frecuencia, fueron utilizados por el Estado para financiar su déficit fiscal sin contraprestación alguna para el sector pasivo. Inclusive, se llegó al extremo de suspender transitoriamente el pago de los haberes, de reducirlos o de diferir su entrega a los beneficiarios generando una situación de indignancia que no se compadece con los principios elementales de la dignidad humana.

Para remediar ese fracaso fue sancionada la ley 24.241. Mediante ella se creó un sistema de capitalización de los aportes a cargo de entidades privadas que, actuando como sociedades anónimas con el consecuente riesgo empresarial, tienen a su cargo la administración de los fondos de jubilaciones y pensiones.

Este sistema es mixto y voluntario. Funciona conjuntamente con el sistema de reparto cuya administración está a cargo del Estado. Los aportantes pueden optar por el sistema de reparto estatal y el

---

(887) Fallos CS 307:2366; 312:1061 y 1706.

(888) Fallos CS 319:3241.

(889) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de diciembre de 2005, en autos "Rebechi". LA LEY, 26 de abril de 2006.

sistema de capitalización. Esto determina que el sistema implementado por la ley 24.241 sea mixto.

Los fondos que administran las empresas privadas en el sistema de capitalización provienen de los aportes de sus afiliados que prestan servicios bajo relación de dependencia, y un porcentaje de los aportes que realizan los trabajadores autónomos que están afiliados a las administradoras. Dentro de los límites que establece la ley, los aportantes pueden cambiar de administradora estando contemplado su retorno voluntario al sistema de reparto.

La ley regula el funcionamiento de las administradoras que están sujetas a un estricto control y fiscalización del Estado, no solamente sobre el cumplimiento de las normas técnicas de la ley sino también respecto al destino que asignan a los fondos administrados para generar una rentabilidad que, en definitiva, redundará en beneficio del futuro jubilado.

El sistema de la ley 24.241 constituyó un avance importante para garantizar la percepción de haberes. Sin embargo, sus bondades se diluyeron parcialmente por los mismos factores que afectaron el sistema establecido por la ley 24.557 para la administración de los fondos afectados a la cobertura de los riesgos laborales. A ello se añadió, para ambos grupos de administradores, la presión ejercida por el Estado en 2001 para que volcaran sus acreencias en títulos de la deuda pública que, poco tiempo después, fueron declarados impagables.

#### **278. ENTIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL, SUPERPOSICIÓN DE APORTES Y COMPETENCIA**

El art. 14 nuevo de la Ley Fundamental establece que no puede haber superposición de aportes obligatorios en el régimen de seguridad social. Esto significa que, por el desarrollo de una sola actividad, nadie puede ser obligado a realizar más de un aporte. Pero si hay pluralidad de actividades, aunque sean iguales, cada una de ellas puede estar sujeta a un aporte diferente (890). Para que exista esa pluralidad de actividades, y la consecuente obligación de efectuar aportes por cada una, se requiere que sean objeto de una remuneración independiente.

No hay superposición de aportes cuando, tratándose de profesiones liberales, el sujeto pasivo está habilitado para su desempeño

---

(890) Fallos CS 300:386; 312:418.



en varias jurisdicciones y aunque las concrete en una sola de ellas. El acto de la habilitación, que es voluntario para el afiliado, determina el deber de realizar aportes con prescindencia de los ingresos que pudo, o no, percibir en alguna de esas jurisdicciones.

El art. 14 nuevo establece que el seguro social obligatorio estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica. Por su parte, el art. 125 de la Constitución prescribe que las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales.

El análisis sistemático de ambas cláusulas, y considerando que la segunda fue incorporada con la reforma constitucional de 1994, nos induce a sostener que, tratándose de empleados públicos y de profesionales, los organismos de seguridad social, en principio, deben ser provinciales sin perjuicio de la delegación que puedan practicar ellas transfiriendo las cajas provinciales a la Nación. Pero, en los demás casos, aparentemente se debe concretar ese traspaso. El reparo a esta última conclusión resulta de la letra del art. 14 nuevo que fue excluido de la reforma constitucional concretada en 1994.

La facultad de legislar en materia de seguridad social, jubilaciones y pensiones es concurrente de la Nación y las provincias. Ello es así, por cuanto la obligación que sobre el particular impone al Estado el art. 14 nuevo de la Constitución no se limita al Estado Nacional, sino que se extiende a los Estados provinciales.

Sin embargo, la potestad de dictar normas sustantivas sobre seguridad social está reservada al Estado Nacional por el art. 75, inc. 12, de la Constitución, que asigna al Congreso la misión de dictar un código de seguridad social. Ello no significa que las normas que hubieran dictado las provincias carezcan de validez, sino solamente que ellas no pueden ser válidamente invocadas cuando recaen sobre materias o aspectos reglados de manera diferente por las leyes de fondo del Congreso de la Nación sobre seguridad social.

Si bien tienen preferencia las normas sustantivas emanadas del Congreso, ello no afecta la potestad provincial de crear entidades administradoras y reguladoras de los sistemas de seguridad social con autonomía económica y financiera, siempre que su accionar no se traduzca en una superposición de aportes.

Por otra parte, el sistema de seguridad social correspondiente a los empleados de la administración pública provincial está reservado a las provincias en orden a su regulación normativa. Ello es así por cuanto las leyes jubilatorias provinciales aplicables a los em-

pleados de la administración pública local son normas de derecho administrativo y de orden público provincial, cuya sanción compete a las provincias por aplicación del artículo 104 de la Constitución.

### 279. DEFENSA DE LA FAMILIA

El art. 14 nuevo de la Constitución dispone que, en el marco de la seguridad social, el Estado debe dictar las normas necesarias para la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

Esa disposición está complementada por las cláusulas contenidas en diversos tratados internacionales, y en particular por el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Establece que los Estados reconocen que se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

La tipificación del concepto de familia y su forma de constitución son aspectos que están reglados por las leyes ordinarias de cada Estado. En nuestro país esa regulación está contenida en el Código Civil, cuya sanción se adecua a la imposición resultante del art. 75, inc. 12, de la Constitución federal.

La protección integral de la familia significa, en principio, que ella debe ser considerada como una unidad a los fines de los beneficios resultantes de la seguridad social y sujeta a las razonables limitaciones que establezca la ley.

El bien de familia, como instrumento de resguardo familiar, es el inmueble que habita el titular del dominio con su grupo familiar. Está tutelado por los arts. 34 a 50 de la ley 14.394.

Su constitución puede ser efectuada por el propietario de un inmueble urbano o rural, siempre que su valor no supere las necesidades de sustento y vivienda de su familia. A tal fin, la ley entiende que la familia está constituida por el propietario, su cónyuge, sus descendientes o ascendientes, o hijos adoptivos. En defecto de ellos, integran el grupo familiar sus parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad que convivan con el constituyente.

El bien de familia no puede ser enajenado ni gravado sin la conformidad del cónyuge. Si ésta se opusiere, fuere incapaz o faltare, el juez podrá autorizar la constitución del gravamen si mediara una causa grave o de manifiesta utilidad para la familia.

El bien de familia no puede ser objeto de ejecuciones o embargos por deudas posteriores a su constitución, ni en caso de concurso o quiebra de su titular. Como excepción, la ejecución es viable si las obligaciones provienen de impuestos o tasas que gravan directamente el inmueble; o de gravámenes constituidos con la conformidad del cónyuge; o por créditos derivados de la construcción o mejoras introducidas al inmueble.

El bien de familia está exento del impuesto a la transmisión gratuita de bienes cuando ella se opere en favor de las personas que componen el grupo familiar y habitan el inmueble. También está exento del impuesto de sellos y de los derechos o tasas que su inscripción genere en los registros de la propiedad, tanto nacionales como provinciales.

El propietario, o su grupo familiar, están obligados a habitar el bien de familia. Si este requisito no se cumple en forma transitoria, y por causas debidamente justificadas, el juez podrá avalar la subsistencia del bien de familia. Caso contrario, corresponde desafectar el inmueble del régimen de bien de familia.

Nadie podrá constituir más de un bien de familia. Si alguien resultase propietario único de dos o más bienes de familia, deberá optar por uno de ellos y, si no lo hace, se tendrá como bien de familia el constituido en primer término.

La cancelación del bien de familia se produce a instancia del propietario con la conformidad de su cónyuge; por decisión de la mayoría de los herederos, cuando el bien de familia se constituyó por testamento, a menos que medie disconformidad del cónyuge superviviente o existan incapaces que, como integrantes del grupo familiar, habiten el inmueble; de oficio por el juez, o a pedido de cualquier interesado, cuando no se cumplan las condiciones impuestas para la constitución y mantenimiento del bien de familia; en caso de expropiación, reivindicación o causa grave que justifique la desafectación a criterio de la autoridad competente.

La *compensación económica familiar* consiste en otorgar, a los titulares del grupo familiar, un beneficio adicional al que perciben desarrollando sus actividades usuales. En esta categoría se incluye el salario familiar, los beneficios económicos que se reconocen por el nacimiento de los hijos o el deceso de ciertos familiares, así como también las exenciones fiscales que pueda establecer el Estado para la protección del grupo familiar.

El acceso a una vivienda digna consiste en la obligación del Estado para instrumentar, directa o indirectamente, los planes neces-

rios que permitan su concreción. Una vez instrumentados tales planes, los interesados tienen derecho a exigir el cumplimiento de sus contenidos si, en función de la reglamentación pertinente, les corresponde tener acceso a una vivienda construida.

El acceso a una vivienda digna no se traduce, necesariamente, en el otorgamiento de facilidades para adquirir el dominio de viviendas construidas por el Estado o la concesión de créditos para tal objeto. También cabe cumplir con el mandato constitucional fomentando la concreción de contratos de locación en condiciones razonables para quienes necesitan una vivienda digna, y siempre que la locación se celebre con el Estado. Tratándose de particulares, y previa conformidad de ellos, el beneficio puede consistir en que el Estado se haga cargo, total o parcialmente, del precio de la locación o que, como compensación, se otorguen al particular ciertos beneficios fiscales de envergadura similar al precio de la locación.

## 280. LIBERTAD FISCAL Y PODER IMPOSITIVO

La libertad fiscal, como especie de un género que en la práctica es indivisible, está estrechamente vinculada con el concepto de una libertad política que participa de la estructuración global de una sociedad encuadrada en un régimen democrático constitucional.

El dinamismo del orden político y administrativo del Estado genera necesidades y gastos para satisfacer las mismas, que deben ser solventados con las contribuciones correspondientes de sus habitantes. Ese deber, impuesto legalmente, constituye una limitación al derecho de propiedad privada.

Ese objetivo primario no agota el ejercicio del poder impositivo. Su manifestación también puede obedecer a razones económicas o sociales. Gravar la importación de ciertos bienes para fomentar su producción interna; alentar o desalentar ciertas actividades productivas mediante la fijación de impuestos; desgravar ciertos consumos de bienes básicos; incrementar las tasas impositivas respecto del consumo de ciertos bienes que son perjudiciales para la salud; establecer regímenes de producción industrial otorgando exenciones fiscales, son algunos de los ejemplos donde, el ejercicio del poder impositivo, no se circunscribe a la necesidad de obtener recursos para afrontar los gastos del Estado.

En este aspecto, se advierte que el poder impositivo es una herramienta fundamental para el desarrollo de la política económica y social que pretenda implementar el gobierno.

El ejercicio del poder impositivo con fines extraños a su objetivo primario, suele ser la causa fundamental que acarrea una predisposición negativa del contribuyente para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales. La disconformidad con la política económica y social de un gobierno suele fomentar la evasión tributaria por parte de ciertos sectores de la comunidad. Evasión que se incrementa sensiblemente cuando el ejercicio del poder impositivo pierde legitimidad. Tal es lo que acontece cuando, los contribuyentes, perciben una errónea administración de los recursos fiscales o la concreción de actos de corrupción por los gobernantes mediante la malversación de los caudales públicos.

De todas maneras, solamente en el campo de la utopía sería concebible un Estado que no debiera percibir contribuciones de quienes viven bajo su amparo para dar cumplimiento a los objetivos de bien común que justifican su existencia.

Los habitantes son así los deudores de una contribución, que constituye la contraprestación genérica para la cobertura de los gastos en que incurre el Estado con el propósito de afrontar los requerimientos provenientes de la sociedad, cuya razonabilidad es determinada por los gobernantes dentro del marco fijado previamente por la ley.

Pero si bien el sistema fiscal presenta particular importancia para la integración del tesoro nacional, con el cual se solventan los gastos que genera la actividad estatal encaminada hacia el logro del bien común, ello no significa restar trascendencia a las libertades individuales, que deben ser preservadas de un ejercicio patológico o arbitrario del poder impositivo que desemboque en la supresión o desnaturalización de la libertad fiscal.

Alberdi, con agudeza, decía que *"En la formación del tesoro público puede ser saqueado el país, desconocida la propiedad privada y hollada la seguridad nacional; en la elección y cantidad de los gastos puede ser dilapidada la riqueza pública, embrutecido, oprimido, degradado el país"* (891).

Así como las potestades emanadas de las libertades individuales no son absolutas, estando sujeto su ejercicio a una reglamentación que posibilite la armonía y concreción del interés general, tampoco el poder impositivo —como cualquier otra expresión del poder estatal— es ilimitado, quedando su manifestación condicionada a las

---

(891) JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Obras Selectas, t. XIV, p. 397.

razones que justifican la organización del Estado en un sistema personalista.

La necesidad del Estado de contar con medios y recursos suficientes para el cumplimiento de sus fines, tiene un matiz esencialmente político. Es que, sin esos medios y recursos, no puede existir el Estado. Además, sin la autosuficiencia para obtener tales medios y recursos, no es concebible la existencia de un Estado independiente, es decir, de una organización política dotada de poder soberano.

El poder impositivo no solamente es necesario para la manifestación de un poder soberano, sino también de un poder autónomo. Quizás el ejemplo más ilustrativo de la relación existente entre el poder impositivo y el poder autónomo está dado por las provincias. Fácilmente se advierte que la autonomía política de las provincias, en el ámbito de un Estado federal, se encuentra seriamente comprometida cuando éstas carecen de los recursos auténticos y suficientes que les permitan concretar su independencia económica y financiera.

El poder impositivo, como manifestación del poder soberano del Estado, no es absoluto en un sistema democrático constitucional. El mismo está limitado por la libertad fiscal, que impide la expresión de ese poder cuando está desprovista de una causa constitucional o cuando su ejercicio conduce a la exacción y al despojo (892).

La libertad fiscal se traduce en la potestad jurídica reconocida a toda persona que la protege de toda exigencia fiscal del Estado carente de causa constitucional. Es la facultad de poner un límite a la acción de la organización política global cuando ésta no tiene sustento legal, cuando vulnera el principio de igualdad, cuando reviste carácter confiscatorio o si carece de razonabilidad.

Históricamente, la libertad fiscal fue uno de los límites más importantes establecidos para la acción estatal. La necesidad de la participación de los gobernados y el consenso para la determinación de la política fiscal, fue uno de los instrumentos prácticos más eficaces para limitar el poder estatal.

La razonabilidad en la fijación de la política fiscal y la necesaria representación de los gobernados fueron factores desencadenantes de importantes hechos políticos, entre los cuales cabe citar la Carta Magna inglesa de 1215, y los movimientos revolucionarios de América del Norte y de Francia a fines del siglo XVIII.

---

(892) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, p. 177, ob. cit.

Así, la imposición de una causa constitucional al tributo, fruto de la libertad fiscal, limita el poder impositivo del Estado, revistiendo de seguridad y justicia a la convivencia social. El control de la causa constitucional, como presupuesto de validez de los tributos, incumbe al Poder Judicial en cada caso concreto sujeto a su consideración.

## 281. LA RELACIÓN JURÍDICA FISCAL

La relación fiscal es una relación jurídica establecida por la ley, que genera una obligación fiscal. En virtud de ella, su sujeto pasivo —el contribuyente— está obligado a entregar un valor patrimonial al sujeto activo —el fisco— con motivo de haberse producido el hecho imponible previsto por la norma legal.

La obligación fiscal no es de carácter contractual, sino legal y de orden público. Está regulada por el derecho público y su origen no reside en un acuerdo de voluntades, sino en un acto legal que es consecuencia del poder político del Estado, ejercido conforme a las disposiciones de la Constitución.

El cumplimiento de la obligación fiscal se hace efectivo mediante la entrega al Estado de un valor patrimonial que, normalmente, consiste en el pago de una cantidad de dinero, aunque no existirían reparos para que la entrega recayera sobre bienes patrimoniales diferentes.

Además de este contenido principal, la obligación fiscal puede abarcar otras prestaciones, como la de garantizar el pago de un tributo o de presentar las declaraciones juradas que determine la autoridad fiscal referentes a la situación patrimonial del sujeto pasivo, o de dar cumplimiento a los requisitos formales que imponga el órgano competente.

El sujeto activo de la relación fiscal es el Estado que, a través del ejercicio del poder político, tipifica jurídicamente esa relación y percibe el tributo del contribuyente.

En nuestra organización constitucional, además del Estado Nacional, también son sujetos activos los estados provinciales, en virtud de la autonomía directa y originaria que les ha reconocido la Ley Fundamental. En cambio, no corresponde calificar técnicamente como sujetos activos originarios a los municipios y entidades autorizadas por ley reglamentaria a establecer y percibir ciertos tributos, ya que esa potestad es consecuencia de una delegación válidamente efectuada por el sujeto activo con autorización legal.

El sujeto pasivo de la relación fiscal es el contribuyente que debe dar cumplimiento a la obligación fiscal pagando la obligación tributaria, aunque ella no grave su patrimonio, y de acatar las formalidades fiscales. No es la persona que en última instancia afrontará las consecuencias de la obligación fiscal. El sujeto pasivo es el contribuyente que tiene la obligación de pagar frente al fisco y de presentar la documentación que se determine por la autoridad de aplicación, con independencia de la persona que, en definitiva, soporta el peso del tributo como consecuencia de la traslación de su importe realizada por la persona obligada al pago. Tal es lo que acontece con los impuestos indirectos.

El hecho imponible es la circunstancia prevista y descripta por la ley con relación al contribuyente, cuya producción origina la obligación fiscal y la consecuente obligación de pago para el sujeto pasivo.

Un elemento esencial de la obligación fiscal es la causa, de cuya legalidad y existencia depende la validez de aquélla. La falta de causa, o la manifestación de una causa jurídica falsa, determinan la inconstitucionalidad de las contribuciones fiscales.

La causa constitucional, como elemento de la obligación fiscal, consiste en el cumplimiento de los requisitos que establece la Ley Fundamental en salvaguarda de la libertad fiscal y que condicionan la validez de la contribución impuesta por el Estado.

La causa no reside en los móviles económicos o financieros, políticos o sociales, que tuvo en cuenta el legislador al imponer la contribución. Esos motivos no son susceptibles de revisión judicial, por cuanto importan el ejercicio de una función política privativa del Congreso.

La causa constitucional es la causa jurídica del tributo, que importa el deber de amparar la libertad fiscal del contribuyente, sin la cual la contribución carece de validez y genera la facultad de accionar la repetición del pago indebido, porque ese pago estuvo desprovisto de causa, o de negarse a efectuarlo bajo el amparo de una decisión judicial en tal sentido.

Los requisitos que configuran la causa constitucional son la legalidad, la igualdad, la no confiscatoriedad y la libertad de circulación (893). Modernamente se incluye, entre tales requisitos, a la capacidad contributiva del sujeto pasivo, aunque podemos incluirla dentro de la condición genérica de la no confiscatoriedad.

---

(893) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *El Poder Impositivo y la Libertad Individual*, p. 77, Editorial Alfa, Buenos Aires 1951.



## 282. LEGALIDAD

El principio de legalidad, como requisito configurativo de la causa constitucional, significa que toda contribución que afecta la libertad patrimonial de una persona debe ser establecida por ley del Congreso Nacional, cuando se trata de contribuciones nacionales, o por ley emanada de la legislatura provincial, cuando se trata de contribuciones provinciales o municipales.

La legalidad fiscal es consecuencia de la aplicación del principio genérico de legalidad consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional. Conforme al mismo, *nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*.

También existen otras disposiciones de la Ley Fundamental que refuerzan la aplicabilidad de este requisito y algunas de sus modalidades en materia fiscal.

Así, el art. 4º dispone que, entre los recursos que integran el tesoro nacional, figuran los derechos de importación y exportación, y las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente imponga el Congreso a la población.

El art. 17 establece que solamente el Congreso impondrá las contribuciones mencionadas en el art. 4º.

El art. 75, inc. 1º, dispone que corresponde al Congreso establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.

El inc. 2º del citado art. 75 atribuye al Congreso la facultad de imponer contribuciones directas por tiempo determinado y proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Agrega que también puede imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias.

Finalmente, cabe recordar que el art. 52 de la Constitución establece que corresponde exclusivamente a la Cámara de Diputados la iniciativa de las leyes sobre contribuciones, con la salvedad de las leyes convenio respecto de las cuales es cámara de origen el Senado (art. 75, inc. 2º, C.N.).

Como consecuencia del principio de legalidad, la autoridad administrativa está inhibida de recaudar contribuciones que no sean establecidas por una ley formal emanada del órgano legislativo.

Además, tratándose de una facultad indelegable, como lo son, en principio, todas las facultades legislativas, no puede el Congreso atribuir al órgano ejecutivo de la potestad de establecer contribuciones determinando su objeto y la tasa del tributo, sin perjuicio de la facultad de este último para dictar las normas pertinentes para la ejecución de las leyes fiscales con el objeto de asegurar la percepción de las contribuciones. En tal sentido, el art. 99, inc. 3º, de la Constitución, invalida los decretos de necesidad y urgencia referentes a la materia tributaria, y limita la delegación legislativa prevista en el art. 76.

El principio de legalidad determina que sea nula toda contribución que no emane de una ley del Congreso. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que, mediante el veto y la promulgación parcial de una ley, el Poder Ejecutivo no puede fijar tasas impositivas que carecían de previsión normativa (894). En el caso, la ley sancionada establecía, para ciertas actividades que hasta ese momento estaban exentas del impuesto al valor agregado, una tasa inferior a la genérica. El Poder Ejecutivo promulgó parcialmente la ley observando las cláusulas que preveían esa tasa inferior. Sobre tal base consideró aplicables, a las actividades antes exentas, la tasa genérica. La Corte, al declarar la inconstitucionalidad de la promulgación parcial, sostuvo que el órgano ejecutivo no podía alterar la voluntad del legislador estableciendo una tasa que éste no había previsto y que, el veto parcial, cuya validez no se podía cuestionar, significaba que para tales actividades subsistía la legislación que se pretendía derogar, con el consecuente mantenimiento de la exención impositiva.

Tampoco se pueden aplicar impuestos o tasas a través de decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo (895), sobre la base de presuntas analogías con situaciones previstas en la ley fiscal.

Carece de validez el decreto aprobatorio de una licencia de distribución de gas, en cuanto otorga a la licenciataria una exención impositiva respecto de los tributos provinciales o municipales por el uso del dominio público. Aunque se trate de servicios públicos sujetos a la jurisdicción federal, como es el transporte y distribución de gas natural, las exenciones a los impuestos o tasas, ya sean nacionales o provinciales, sólo puede ser establecida por ley y no por un decreto reglamentario de una ley que no contempla esas exenciones (896).

---

(894) Caso "Famyí S.A.", Fallos CS 323:2256; LA LEY, 2000-E, 629; DJ, 2000-3-580.

(895) Casos "Video Club Dreams", Fallos CS 318:1154 (LA LEY, 1995-D, 247) y "Berkley A.R.T.", Fallos CS 323:3770 (LA LEY, 2001-D, 504).

(896) Fallos CS 326:2653.

La exención tributaria genérica impuesta por la ley para los libros, determina la inconstitucionalidad del decreto que excluye de aquella a las obras musicales impresas, a los álbumes o libros de estampas, o a los cuadernos para dibujar o colorear destinados a los niños. El propósito de definir el alcance de un beneficio fiscal mediante un decreto, no puede conducir a establecer restricciones que no surgen del texto de la ley, pues ello importa vulnerar el principio de legalidad (897).

Resulta inválida la delegación legislativa autorizando al Jefe de Gabinete de Ministros a fijar valores o escalas para determinar el importe de las tasas que percibe la Inspección General de Justicia, sin establecer límites o pautas de una clara política legislativa para el ejercicio de semejante atribución (898).

Conforme al principio de legalidad en materia tributaria, sólo por ley se puede establecer el hecho imponible descrito de manera cierta; los presupuestos de hecho que permiten atribuir la producción del hecho imponible; los sujetos pasivos u obligados al pago; el sistema aplicable para determinar la base imponible; las alícuotas que se harán efectivas para fijar el monto del tributo; las exenciones; las infracciones fiscales; las sanciones correspondientes; el órgano administrativo habilitado para exigir el pago; el lapso durante el cual se debe pagar el tributo (899).

Asimismo, el órgano administrador no puede aplicar la contribución a objetos u operaciones no gravadas por la ley, extender por analogía la aplicación de las normas tributarias a situaciones no previstas por el legislador y, en el caso de las tasas, las mismas deben guardar relación directa con la prestación efectiva de un servicio concreto (900).

No se viola el principio de legalidad si el Congreso, al establecer un impuesto, faculta al Poder Ejecutivo para determinar su cuantificación fijando un tope máximo; o si lo autoriza a variar las alícuotas sin superar ese tope legal; o si lo faculta a suspender la aplicación del impuesto y, en su caso, a dejar sin efecto esa suspensión (901).

---

(897) Fallos CS 326:3169.

(898) Fallos CS 326:4251.

(899) Fallos CS 182:411, 317:1282. Conf. JUAN CARLOS LUQUI, *Derecho Constitucional Tributario*, p. 332, Ed. Depalma, Buenos Aires 1993. GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 367, ob.cit.

(900) RODOLFO R. SPISSO, *Derecho Constitucional Tributario*, p. 298, Editorial Depalma, Buenos Aires 2000.

(901) Fallos CS 230:28 y 237:656.

Lamentablemente, en la práctica no siempre se dio fiel cumplimiento al principio de legalidad, con el consecuente avasallamiento de la libertad fiscal por el poder impositivo. Bajo la apariencia de reglamentaciones o de flagrantes usurpaciones de la facultad legislativa, la autoridad administrativa ejerce el poder impositivo estableciendo contribuciones no contempladas por la ley, ampliando o reduciendo la nómina de los contribuyentes, determinando hechos impositivos o aplicando procedimientos fiscales que vulneran las más elementales garantías constitucionales. Son secuelas de una cultura autoritaria cuya subsistencia y difusión se oponen a la plena vigencia del sistema constitucional personalista, con la consecuente desvalorización de la libertad y dignidad del ser humano (902), y que solamente pueden ser remediados mediante el control de constitucionalidad ejercido por un Poder Judicial independiente.

### 283. IGUALDAD

El principio de igualdad en materia fiscal significa que la ley debe ser igual para todos los iguales en iguales circunstancias. Esto significa que no se pueden establecer privilegios o cargas especiales que excluyan a unas personas de lo que se establece para otras en iguales circunstancias.

El principio de igualdad en materia fiscal, aparece expuesto en nuestros antecedentes constitucionales. Ellos establecían que no se podían imponer derechos carentes de igualdad y proporción; que todos los derechos debían imponerse en exacta proporción de la población y riquezas de cada uno; que toda contribución debía responder a una razón de utilidad común; que las contribuciones debían ser proporcionalmente iguales en todo el territorio del país.

La Constitución de 1819 facultaba al legislador para "*establecer derechos, y por un tiempo que no pase de dos años, imponer para las urgencias del Estado contribuciones proporcionalmente iguales en todo el territorio*" (art. 33). Igual cláusula contenía la Constitución de 1826, con el agregado de "*establecer derechos de importación y exportación*" (art. 46).

Se trata de una manifestación del principio de igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional que, con referencia expresa a las contribuciones, dispone que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

---

(902) RODOLFO R. SPISSO, *Derecho Constitucional Tributario*, p. 269 y sigte., ob. cit.

Este principio también aparece expuesto en el art. 4º de la Ley Fundamental, cuando dispone que las contribuciones deben ser equitativas y proporcionales, y del art. 75, inc. 2º, al prescribir que las contribuciones directas deben ser proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación.

El principio de la igualdad fiscal no es absoluto, ya que quedaría desnaturalizado si desconocieran las desigualdades materiales que presentan las personas. Esto significa que la igualdad fiscal que establece la Constitución no se opone al reconocimiento legal de diferentes categorías de contribuyentes, y a la fijación de distintos montos impositivos determinados como consecuencia de las desigualdades materiales existentes entre los sujetos pasivos de la obligación fiscal. Pero la constitucionalidad de esta discriminación lícita y trato diferente está condicionada a ciertos requisitos:

- 1) No debe ser arbitraria o injustificadamente perjudicial para ciertas personas, sino fundamentalmente razonable.
- 2) Los contribuyentes agrupados en una categoría fiscal deben recibir el mismo tratamiento.
- 3) Es admisible la progresividad del impuesto sobre bases objetivas y razonables.
- 4) Si se dispensa a los contribuyentes un trato diferencial, el mismo debe ser uniforme y general en todo el país para las contribuciones nacionales.
- 5) La tasa del tributo debe guardar relación razonable con la capacidad contributiva o con la capacidad económica de los contribuyentes.
- 6) No es viable gravar a una categoría de personas en beneficio de otras personas determinadas, porque la finalidad del tributo debe ser el bien común y no el bien particular de un sector social, por más amplia que sea su composición (903).
- 7) Las exenciones y privilegios fiscales son admisibles, pero su validez está condicionada a que la distinción sea razonable y tenga por objeto satisfacer un imperativo del bien común, sin perjuicio de extender su reconocimiento a todas aquellas personas que se encuentren en iguales circunstancias.
- 8) La igual capacidad tributaria con respecto a la misma especie de riqueza determina que el impuesto debe ser, en las mismas circunstancias, igual para todos los contribuyentes.

---

(903) Conf. MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, p. 193, Ed. La Ley, ob. cit.

- 9) La uniformidad temporal de las contribuciones no es impuesta por la Constitución, quedando librada al prudente arbitrio del legislador.
- 10) Tratándose de contribuciones provinciales, el principio de igualdad está limitado por el ámbito territorial de cada provincia.
- 11) La proporcionalidad que menciona el art. 4º de la Constitución no se refiere al número de los habitantes, sino a la capacidad económica o contributiva de las personas (904).

### 284. NO CONFISCATORIEDAD

El principio de la no confiscatoriedad como requisito condicionante de la causa constitucional del tributo, significa que el monto de las contribuciones no puede absorber una parte sustancial del patrimonio de una persona, de sus rentas o del valor de un bien determinado que se relaciona con el tributo que se pretende aplicar.

El art. 17 de la Constitución dispone que la confiscación de bienes queda borrada para siempre de la legislación argentina. Si bien la norma se refiere a la confiscación como sanción de carácter penal, desde antiguo la Corte Suprema de Justicia ha entendido, correctamente, que esa garantía para el derecho de propiedad se extiende a todo el ámbito jurídico, incluyendo el fiscal.

Es que si la Ley Fundamental establece el principio general de la inviolabilidad del derecho de propiedad privada y puntualiza las excepciones que justifican legalmente su limitación, no es razonable aceptar la viabilidad de la confiscación en materias extrañas al derecho penal, porque ella constituye una negación absoluta de la libertad de propiedad que, como tal, está vedada por el art. 28 de la Constitución.

Usualmente se define a la confiscación en materia fiscal como la absorción por el Estado de una parte sustancial de la renta o del capital gravado por una contribución (905). Se trata de una definición

---

(904) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 368, ob. cit.

(905) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, p. 313, ob. cit.; GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 368, ob. cit.; RODOLFO R. SPISSO, *Derecho Constitucional Tributario*, p. 417, ob. cit.; HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE, *Temas de Derecho Tributario*, p. 107, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1982 y *Tributación y Confiscación*, p. 5, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1989.

genérica y excesivamente teórica, muy difícil de concretar en la práctica mediante la formulación de reglas objetivas. Carece de la certeza y precisión necesarias que nos permitan, en cada caso concreto, determinar si una contribución es o no confiscatoria.

Precisamente, esa indeterminación ha posibilitado el desenvolvimiento de una intensa voracidad fiscal por parte del Estado, frecuentemente pródigo y mal administrador, destruyendo la acumulación de capitales productivos y desalentando las inversiones generadoras de nuevas riquezas y fuentes de trabajo, todo lo cual, a mediano o largo plazo, conduce al empobrecimiento de una sociedad y a la insatisfacción de las necesidades sociales.

En esta materia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es sumamente pendular e inorgánica. De todas maneras, se han fijado ciertos principios conforme a los cuales se considera confiscatorio el tributo que absorbe más del 33% de la renta normal generada por la eficiente explotación de un inmueble; que no son confiscatorios los impuestos indirectos que paga el productor por el hecho de que sus montos no guarden relación con el precio del producto, pudiendo ser iguales o superiores a ese valor, por cuanto son esencialmente trasladables; que para determinar la confiscatoriedad corresponde considerar solamente el monto de una sola contribución y no la acumulación de los importes de las diversas contribuciones nacionales, provinciales y municipales que paga el contribuyente, criterio este último que puede conducir a la absorción final de la totalidad de las rentas y hasta del capital.

Una de las reglas abstractas para juzgar la confiscatoriedad de las contribuciones es la razonabilidad. Es razonable que todos los habitantes realicen aportes para contribuir a solventar los gastos del Estado, pero es irrazonable que sus montos alcancen una magnitud tal que provoquen, en un caso concreto, el empobrecimiento patrimonial de una persona diligente, o la privación de los frutos obtenidos merced a su esfuerzo, trabajo, creatividad e inteligencia.

La dificultad para formular una regla única que permita tipificar la confiscatoriedad de las contribuciones puede ser parcialmente remediada mediante la aplicación del principio de razonabilidad que, a su vez, permite amoldar los criterios de valoración a las cambiantes necesidades sociales y económicas. A él se añaden algunos principios elementales resultantes de una interpretación teleológica de la Constitución, cuya sistematización, siguiendo los lineamientos expuestos por García Belsunce (906), es la siguiente:

---

(906) HORACIO GARCÍA BELSUNCE, *Tributación y Confiscación*, p. 21, ob. cit.; *Temas de Derecho Tributario*, p. 130, ob. cit.

- 1) Los impuestos inmobiliarios son confiscatorios si afectan el capital productivo o más del 33% de su renta ideal, determinada sobre la base de una explotación eficiente y racional que considere las características económicas del período fiscal.
- 2) El impuesto a la transmisión gratuita de bienes no puede ser más gravoso que el aplicable a la transmisión de bienes por actos entre vivos, ni superar una alcuota del 33% (907).
- 3) El impuesto a las ganancias no puede absorber más de un 33% de los réditos y debe ser proporcional. No es razonable que su monto provoque una reducción del capital que genera la ganancia.
- 4) En las contribuciones de mejoras, el monto de la contribución no puede superar el mayor valor obtenido por los bienes del contribuyente como consecuencia de la obra realizada.
- 5) Las tasas deben absorber solamente los gastos directos e indirectos del servicio efectivamente prestado.
- 6) Los inmuebles afectados al uso personal del contribuyente no deben ser gravados con impuestos, aunque sí con tasas o contribuciones.
- 7) No es viable establecer contribuciones diferenciales atendiendo al domicilio del contribuyente.
- 8) La convergencia de las contribuciones, con exclusión de las tasas y contribuciones de mejoras e impuestos indirectos, no puede afectar el capital ni desnaturalizar la renta ideal atribuida al contribuyente, lesionando arbitrariamente la razonable capacidad de ahorro o capitalización.
- 9) Es confiscatoria la atribución de un mayor valor fiscal a los inmuebles para exigir el pago de una contribución más elevada por períodos fiscales anteriores a la revaluación (908).
- 10) La determinación del monto imponible para el pago del impuesto a las ganancias debe prever la deducción de todos aquellos gastos realizados a fin de generar aquella utilidad. Asimismo, en el caso de personas físicas, deberían ser deducibles todos los gastos realizados para preservar la salud del contribuyente y de su grupo familiar.
- 11) La determinación del impuesto a la ganancia mínima presunta, como complemento del impuesto a las ganancias, no pue-

---

(907) Fallos CS 235:888.

(908) Fallos CS 324:1924.



de responder a una presunción *iure et de iure*, debiendo admitir la prueba en contrario. Tampoco su determinación puede ser establecida sobre el valor de los bienes del activo sin considerar el pasivo existente o las pérdidas registradas en ejercicios anteriores que no fueron cubiertas con las ganancias generadas en los ejercicios subsiguientes (909).

- 12) En la determinación del impuesto a las ganancias corresponde aplicar el ajuste por inflación para preservar la real capacidad contributiva.

Con referencia al ajuste por inflación, en varias oportunidades fue aceptado por la Corte Suprema de Justicia con relación a las remuneraciones de los magistrados judiciales, para preservar la garantía de la intangibilidad de sus haberes (910). También para la indemnización de daños porque, el reajuste del crédito importa simplemente preservar su valor adquisitivo originario (911), a igual que en las expropiaciones (912). Sus decisiones se basaron sobre la necesidad de resguardar la razonabilidad, la justicia y la seguridad jurídica.

El ajuste impositivo por inflación fue aceptado mediante la ley 21.894 para adaptar equitativamente el monto del gravamen al fenómeno inflacionario de forma tal que no recayera sobre ganancias nominales pero irreales. Se debía deducir o incorporar al resultado impositivo del ejercicio, el ajuste por inflación que se obtuviera tanto del activo como del pasivo. Si, con el ajuste por inflación disminuía la utilidad o se incrementaba la pérdida, ello significaba una merma en términos reales ocasionada por el detrimento del valor monetario.

Las leyes 24.073 y 22.561, a igual que el decreto 214/02 prohibieron el ajuste por inflación para la liquidación del impuesto a las ganancias del año 2002, a pesar de haberse registrado una inflación superior al 40%, y a pesar de que diversos organismos impusieron la obligación de confeccionar los balances o estados contables aplicando el ajuste por inflación (913). Como consecuencia de aquellas normas, el monto nominal de las utilidades percibidas en un ejerci-

---

(909) RODOLFO R. SPISSO, *Derecho Constitucional Tributario*, p. 368, ob. cit.

(910) Fallos CS 307:2340; 308:1932; 313:1375.

(911) Fallos CS 296:92; 308:1694; 310:559 y 750.

(912) Fallos CS 295:157.

(913) Conforme al Decreto 1269/02 así lo hicieron la Comisión Nacional de Valores, la Inspección General de Justicia, la Superintendencia de Seguros, entre otras. El ajuste también es impuesto por el art. 62 de la ley 19.550 para las sociedades comerciales.

cio resulta ser, a valores reales, significativamente inferior al registrado en los ejercicios anteriores, aunque la alcuota fiscal sea la misma. Es así que la imposibilidad de los contribuyentes para ajustar sus ganancias nominales deduciendo el porcentaje de inflación que las afecta, acarrea la tributación sobre beneficios nominales ficticios que, como no se condicen con la capacidad contributiva del sujeto pasivo, lesionan arbitrariamente su derecho de propiedad pudiendo, inclusive, conducir al pago de un impuesto a las ganancias sobre una ganancia inexistente (914).

El ajuste por inflación no fue aceptado por la Corte Suprema de Justicia en el marco de un juicio de amparo, aunque sin descartar su viabilidad si, en un proceso ordinario, se acredita la existencia del perjuicio (915).

En diversas oportunidades la Corte Suprema de Justicia sostuvo que el pago de un impuesto sin causa, acarrea para el sujeto pasivo el derecho a demandar al Fisco la restitución del importe correspondiente (916).

En 1973, en el caso "*Mellor Goodwin*" (917) la Corte modificó su doctrina sosteniendo que la repetición del pago estaba condicionada a la prueba, por el sujeto pasivo, de haber sufrido un empobrecimiento. Si no se acreditaba una merma patrimonial, y aunque el impuesto aplicado estuviera desprovisto de causa, su importe debía permanecer en poder del Estado y no debía ser restituido a quien pagó el tributo.

En 1976, en el caso "*Petroquímica Argentina*" (918), la Corte retomó su doctrina tradicional destacando que "*el interés inmediato y actual del contribuyente que paga un impuesto, existe con independencia de saber quién puede ser, en definitiva, la persona que soporte el peso del tributo, pues las repercusiones de éste determinadas por el juego complicado de las leyes económicas, podrían llevar a la consecuencia inadmisibles de que en ningún caso las leyes de impuestos indirectos y aún la de los directos en que también aquella se opera, pudieran ser impugnadas como contrarias a los principios fundamentales de la*

---

(914) HORACIO GARCÍA BELSUNCE, *Crisis institucional*, p. 17, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires 2005.

(915) Caso "*Santiago Dugan Trocello c. Ministerio de Economía*", del 30 de junio de 2005; LA LEY, 3 de octubre de 2005; IMP, 2005-15-2079. Sin embargo, la existencia de la prueba que demuestra la absorción por el Estado de una parte sustancial de la renta o del capital, resulta del simple hecho constatado objetivamente de la inflación.

(916) Fallos CS 101:8; 168:226; 170:158; 183:160; 283:360.

(917) Fallos CS 287:79.

(918) Fallos CS 297:500.

*Constitución Nacional. Y por eso ha dicho esta Corte: siempre se ha reconocido interés y personarfa a los inmediatamente afectados por un impuesto para alegar su inconstitucionalidad, sin tomar en cuenta la influencia que aquél puede tener sobre el precio de las cosas, ni quién sea en definitiva el que los abona, extremos ambos sometidos a reglas económicas independientes de las leyes locales; que jurídicamente, el derecho de repetir un pago sin causa o por causa contraria, a las leyes, corresponde a quien lo hizo, siendo su devolución a cargo de la persona pública o privada que lo exigió”.*

El 5 de octubre de 2004, la Corte Suprema retomó la doctrina expuesta en el caso “*Mellor Goodwin*”(919). Se resolvió que, como el monto del impuesto sin causa había sido trasladado al precio de venta de los productos gravados, no se advertía una lesión patrimonial para el accionante y, al no haber acreditado su empobrecimiento, resulta inviable su petición. Por otra parte, como no resultaba posible determinar al sujeto económico que, en última instancia, se había perjudicado con el pago del gravamen, correspondía que su importe fuera retenido por el Estado para restituirlo a la sociedad mediante el gasto público. En síntesis, el cobro por el Estado de un impuesto sin causa, no genera un enriquecimiento sin causa.

Criticando la teoría del empobrecimiento, Rodolfo Spisso destaca que la organización empresaria no distingue entre los impuestos sobre las ventas o sobre los capitales, porque ambos son uno de los elementos que integran el costo global que se tiene en cuenta al fijar el precio de venta. Añade, que la restitución del impuesto sin causa, no se traduce en un enriquecimiento sin causa del sujeto pasivo que trasladó su importe a los precios. Si el empresario podía fijar libremente sus precios y utilidades, la restitución del tributo ilegal no acarrea una ganancia ilegítima porque, de todas maneras, ese precio se podía obtener por el juego de las leyes económicas. En otras palabras, si el empresario no incrementó los precios de modo total o parcial por la inclusión del impuesto ilegal, y se produjo la venta de sus productos, esto significa que de haber incrementado los precios prescindiendo del citado impuesto, también habría obtenido el beneficio cuyo monto está representado por el del impuesto sin causa (920).

---

(919) Caso “*Nobleza Piccardo c. Estado Nacional*”; Fallos CS 327:4607; LA LEY, 21 de octubre de 2004; IMP, 2004-B, 2060.

(920) RODOLFO SPISSO, *Derecho Constitucional Tributario*, p. 559, Ed. Depalma, Buenos Aires 2000.

## 285. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

A través del análisis sistemático de diversas disposiciones de la Ley Fundamental, cabe sostener que la circulación territorial está exenta del poder impositivo.

El art. 9º de la Constitución dispone que en el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso. El art. 10 establece que es libre de derechos la circulación en el interior de la República de los efectos de producción o fabricación nacional, así como de los de todas clases despachados en las aduanas exteriores.

Añade el art. 11 que todos los productos y bienes, nacionales y extranjeros, que pasen por territorio de una provincia a otra, son libres de los derechos de tránsito, como también los medios que se utilicen para transportarlos, y ningún derecho podrá imponerse por el hecho del tránsito en el territorio nacional.

Con referencia a los buques, el art. 12 establece que no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito interprovincial.

Finalmente, el art. 75, inc. 10, confiere al Congreso la facultad de reglamentar la libre navegación de los ríos interiores y crear y suprimir aduanas, en tanto el inc. 13 le otorga la potestad de reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí.

Estas disposiciones son complementadas por el art. 126 de la Ley Fundamental, el cual establece que las provincias no pueden expedir leyes sobre comercio o navegación interior y exterior, ni establecer aduanas provinciales, por tratarse de algunos de los poderes que las provincias han delegado a la Nación.

El objetivo de estas normas fue el de consolidar la unión nacional en el marco de un sistema federal, aboliendo los derechos de tránsito y todo tipo de contribución motivada por el hecho de la circulación territorial (921).

Pero las normas constitucionales tutelan solamente la circulación territorial y no la circulación económica (922), que puede ser

---

(921) JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, p. 407, ob. cit.; JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino*, t. III, p. 64, ob. cit.; JOSÉ ARCE, *Las Instituciones de la Constitución Argentina*, p. 98, Buenos Aires 1963; SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, p. 323, ob. cit.

(922) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, p. 324, ob. cit.

gravada por la Nación y las provincias. La circulación territorial se refiere al tránsito y traslado físico de bienes y personas de un punto a otro del país. En cambio, la circulación económica consiste en las diversas transacciones, actos y contratos realizados con la finalidad de adquirir y transferir bienes sujetos a la actividad comercial.

La circulación territorial concluye cuando los bienes introducidos en el territorio provincial se confunden con la masa general de los bienes existentes en el mismo (923), quedando a partir de ese momento sujetos al poder impositivo provincial. Tal es lo que ocurre cuando los bienes son ofrecidos en venta, se procede a su fraccionamiento a los fines de la venta, se destruye su envase original para destinarlos al consumo.

La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que las provincias pueden gravar la venta de sus productos cuando se celebra la transacción como un acto de comercio interno, pero no cuando la salida del producto de la provincia la realiza el propio productor y sin que medie esa transacción (924). Es válido el impuesto provincial que grava las ventas hechas en su territorio de productos provenientes de otras provincias (925). Un impuesto grava la circulación interprovincial cuando el tributo se aplica por el mero hecho de ser trasladado un producto a otra jurisdicción sin haberse concretado una transferencia, y aunque se pueda presumir que el traslado se realiza para concretar su venta en esa otra jurisdicción (926).

## 286. EL PEAJE

El peaje, como derecho que se tributa por el paso de medios de transporte, bienes o personas por determinados caminos, calzadas, puentes, túneles, ríos, canales u otros parajes, es la contribución caracterizada por la circunstancia de que el legislador la asocia con un proyecto de construcción, conservación o mejora que identifica con particular claridad (927).

---

(923) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *El Poder Impositivo y la Libertad Individual*, p. 259, ob. cit.

(924) Fallos CS 127:387; 174:435.

(925) Fallos CS 280:201.

(926) Fallos CS 285:397.

(927) RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, t. II, p. 451, ob. cit.; MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, p. 51, ob. cit.; GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 388, ob. cit.; RODOLFO C. BARRA, *Contrato de Obra Pública*, t. I, p. 348, Ed. Abaco, Buenos Aires 1984.

Desde un punto de vista constitucional, y en su amplia gama de modalidades, el peaje constituye una especie de contribución que se impone a quien, voluntariamente, ejerce el derecho de transitar accediendo a la categoría de usuario de una obra pública, debiendo los fondos recaudados ser destinados exclusivamente a satisfacer todos los gastos que demande la construcción, amortización, uso o mantenimiento de esa obra, o de aquellas accesorias o complementarias con las cuales está relacionada conformando un sistema específico de comunicaciones.

El peaje es una especie de contribución que, como tal, debe reunir todos los elementos constitucionales de esta última. Es una manifestación del ejercicio del poder fiscal del Estado que recae sobre las personas o los bienes sujetos al derecho de paso con el objeto de reunir los fondos necesarios que le permitan al Estado cumplir con sus fines públicos, traducidos en una obra particular y perfectamente determinada.

Como en toda relación fiscal, el peaje es creado mediante una ley que obliga al contribuyente, bajo las condiciones que ella determina, a aportar recursos específicos. Pero la obligación de pago está condicionada al efectivo uso de una obra. La imposición se materializa con motivo del uso voluntario de la obra pública por el contribuyente, quedando excluidos todos aquellos que no tienen acceso a ella.

El producto de la contribución debe destinarse a la construcción, amortización, uso o mantenimiento de la obra pública sujeta al derecho de paso, o de aquellas accesorias o complementarias con las cuales está relacionada conformando un sistema específico de comunicaciones. Se dirige a cubrir todos los gastos ocasionados por la obra para posibilitar su real funcionamiento.

La aplicación del peaje no puede generar discriminaciones, aunque su percepción y la ejecución de la obra estén a cargo de una entidad privada por vía de un contrato de concesión.

El peaje debe ser esencialmente transitorio, porque su razón de ser concluye con la cobertura del costo de la obra. Sin embargo, si el peaje se vincula con la ejecución de trabajos de mantenimiento o con la prestación de servicios de seguridad para el uso de la obra, puede ser permanente, en la medida en que se requieran recursos para cubrir el costo de tales trabajos y servicios. Claro está que si el monto originario del peaje absorbía la cobertura de gastos por obras o servicios concluidos, deberá ser reducido en función del costo real de las prestaciones subsistentes.

Teniendo en cuenta las características del peaje y los límites resultantes de la Constitución con respecto a la circulación territorial, su validez está condicionada a que no sea un impuesto encubierto. Esto significa que por medio del peaje el Estado no puede obtener un beneficio fiscal, ya que su monto debe ser el necesario para solventar, únicamente, la totalidad de los gastos directos e indirectos que genera la obra que le dio origen. Si los fondos recaudados se afectan a un destino diferente, o si se pretende aplicar el peaje a quienes no ejercen el derecho de uso respecto de la obra en cuestión, nos encontramos frente a un impuesto encubierto vedado por el art. 11 de la Ley Fundamental. En estos casos, la contribución denominada peaje será un impuesto encubierto que grava el tránsito.

Resulta importante y conveniente conocer el destino que le asigna el Estado a los fondos recaudados mediante la aplicación del peaje. Si esos fondos, de manera total o parcial, no son empleados para satisfacer los gastos que demanda una obra determinada respecto de la cual se ejerce el derecho de uso, o aquellas obras que le son accesorias o complementarias, se estará en presencia de un impuesto encubierto que grava el mero hecho de la circulación territorial y el tránsito interjurisdiccional, cuya libertad exenta de gravamen proclama la Constitución.

Uno de los argumentos expuestos por quienes cuestionan la viabilidad constitucional del peaje, consiste en sostener que su validez está condicionada a la existencia de vías alternativas gratuitas de tránsito, por las cuales deberían poder circular las personas, sin estar compelidas, por razones de hecho, a acudir solamente a aquellas en que se aplica el peaje.

Semejante hipótesis reduce sensiblemente la eficacia y extensión del peaje, imposibilitando su aplicación a ciertas obras fundamentales y de envergadura, tales como puentes y canales navegables. Sin embargo, en el peaje el hecho imponible no es el tránsito, sino el uso de ciertas obras públicas afectadas a determinadas modalidades del tránsito y cuya construcción o mantenimiento resultan indispensables para, precisamente, posibilitar el ejercicio de la libertad de circulación. Es que corresponde distinguir dos situaciones diferentes: el tránsito, cuya sujeción impositiva está vedada por la Constitución, y el uso de una obra pública afectada al tránsito, cuya construcción, ampliación o mantenimiento son necesarios para el ejercicio voluntario de la libertad de circulación o para incrementar el ámbito físico de su ejercicio.

Cabe destacar que el peaje, que ha tenido recepción normativa en las leyes 17.520, 22.424 y 23.696, entre otras, fue admitido por la

Corte Suprema de Justicia (928), con prescindencia de la hipótesis de las vías alternativas, aunque con una amplitud que consideramos excesiva, al destacar, implícitamente, que puede ser fuente ordinaria y genérica del tesoro nacional.

## 287. CLASIFICACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES

Los tributos o las contribuciones, denominación esta última empleada en la Constitución, pueden ser definidos genéricamente como los aportes proporcionales y obligatorios realizados por los contribuyentes y recaudados por el Estado en ejercicio de su potestad fiscal, para afrontar el cumplimiento de los fines de la organización política global y sin trasponer los límites resultantes de la libertad fiscal.

En materia de tributos, existe cierta confusión terminológica. La propia Constitución hace referencia a los *derechos de importación y exportación* (arts. 4º y 75, inc. 1), *derechos de circulación* (art. 10), *derechos de tránsito* (arts. 11 y 12), *impuestos* (art. 16) y *contribuciones* (arts. 4º, 17, 52 y 75, incs. 1 y 2).

Sin perjuicio de ello, y considerando la naturaleza jurídica del hecho tributario, las contribuciones, como sinónimo de la expresión *tributos*, pueden ser clasificadas en impuestos, tasas y contribuciones especiales. A ellas cabe añadir el peaje como especie particular de los tributos.

## 288. IMPUESTOS

El impuesto consiste en la prestación de valores patrimoniales por el contribuyente, normalmente en dinero, que es establecido obligatoriamente por el Estado como consecuencia de los hechos imponibles definidos por la ley que, careciendo de una contraprestación específica, está destinado a satisfacer las necesidades colectivas de la sociedad.

Los impuestos no se originan en una relación contractual entre el fisco y los contribuyentes, sino en una relación de derecho público generada por el ejercicio del poder impositivo. La prestación del contribuyente es de carácter patrimonial y no de servicios personales (929),

---

(928) Caso "Estado Nacional c. Arenera El Libertador", Fallos CS 314:595; LA LEY, 1991-D, 404.

(929) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, p. 200, ob. cit.



teniendo un destino de utilidad pública consistente en la cobertura de los gastos genéricos del Estado. Asimismo, la prestación carece de una contraprestación específica que condicione el cumplimiento de la obligación fiscal o que permita reclamar la restitución de las prestaciones efectuadas.

De acuerdo con la Ley Fundamental, los impuestos pueden ser directos o indirectos. Si bien los criterios para precisar la distinción son variables, ello resulta sumamente importante, debido a que el deslinde constitucional entre los poderes impositivos de la Nación y de las provincias se basa sobre la clasificación de los impuestos en directos e indirectos.

Linares Quintana (930) sistematiza los criterios de distinción, diferenciando los sistemas italiano, francés y anglosajón.

En el sistema italiano los impuestos directos son los que gravan las manifestaciones inmediatas de la riqueza, tales como la renta o el patrimonio del contribuyente, existiendo una relación inmediata entre el objeto y la fuente de la contribución. Cuando el impuesto grava manifestaciones mediatas de la riqueza, tales como el consumo y las transferencias, reviste carácter indirecto.

En el sistema francés los impuestos directos son los que, teniendo carácter permanente, afectan los capitales y las rentas de los contribuyentes. Los impuestos indirectos son los que afectan hechos aislados de producción, consumo o transferencia.

En el sistema anglosajón los impuestos directos son aquellos respecto de los cuales no se opera el fenómeno de la traslación económica, incidiendo la contribución sobre el contribuyente de jure que se confunde con el contribuyente de facto. La traslación se opera cuando el contribuyente de jure transfiere la carga impositiva sobre otras personas que son, en los hechos, quienes efectivamente abonan el impuesto. Cuando el contribuyente no puede transmitir la carga tributaria, aunque la traslación se opere por canales económicos pero no fiscales, el impuesto será directo. En cambio, cuando el contribuyente de jure puede transferir la carga del gravamen a otras personas mediante una vía fiscal, el impuesto será indirecto.

Este último sistema es que mejor se adecua a la distinción constitucional entre impuestos directos e indirectos, por cuanto la obligación fiscal de los primeros recaía sobre aquellos contribuyentes

---

(930) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, p. 209, ób. cit.

que estaban individualizados en una nómina con el carácter de sujetos pasivos, mientras que los impuestos indirectos recaían sobre los contribuyentes con prescindencia de su inserción en aquella nómina (931).

### 289. TASAS

Las tasas consisten en las prestaciones patrimoniales que la ley impone a los contribuyentes con motivo de la prestación, o disponibilidad para el uso público, de un servicio determinado y cuya finalidad principal es la de cubrir los gastos directos e indirectos ocasionados por la prestación del servicio y su implementación.

A igual que las restantes contribuciones, su validez está condicionada a la existencia de la causa constitucional (932).

Las diferencias con el impuesto son las siguientes:

- 1) la tasa se refiere a un servicio público determinado configurando la contraprestación global por su aprovechamiento real o potencial, mientras que el impuesto es de carácter general careciendo de una contraprestación específica;
- 2) la tasa tiene por objeto la cobertura de los gastos ocasionados por el servicio debiendo su monto guardar relación con los mismos, mientras que el impuesto carece de esa relación con el destino de utilidad pública a que responde sino que, generalmente, está ligado a la envergadura patrimonial o de los actos patrimoniales del contribuyente;
- 3) la legalidad de las tasas está condicionada a la efectiva prestación del servicio que las motiva o a la efectiva posibilidad de su aprovechamiento, mientras que los impuestos están desprovistos del cumplimiento de semejante condición a los fines de su validez constitucional.

### 290. CONTRIBUCIONES ESPECIALES

Las contribuciones especiales son las prestaciones patrimoniales que deben realizar los contribuyentes con motivo del beneficio

---

(931) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 377, ob. cit.

(932) Fallos CS 212:393; 251:50; 262:85; 313:1366; 326:4251.

particular o enriquecimiento patrimonial que obtienen por la realización de una obra pública o por el desarrollo de una actividad estatal.

Si bien los beneficios de las obras públicas son generales, así como también los provenientes de ciertas actividades desarrolladas por el Estado, ellas pueden originar una ventaja diferencial para ciertas personas incrementando su volumen patrimonial. Ese beneficio patrimonial determina que la ley les asigne el carácter de contribuyentes por un monto que no puede superar el valor del mismo (933), y cuyo objeto reside en compensar el costo financiero de la obra pública.

A las contribuciones especiales clásicas, como la contribución de mejoras, se añaden otras que también revisten naturaleza tributaria (934). Entre ellas se encuentran las contribuciones destinadas a financiar la seguridad social o previsionales, como también las contribuciones sindicales y profesionales, aunque su naturaleza tributaria no ha sido, hasta el presente, reconocida de manera categórica por la Corte Suprema de Justicia.

## 291. EL AHORRO OBLIGATORIO

La denominación que legalmente se le asigne a una contribución no es suficiente para definir su carácter, ya que a los fines de verificar su viabilidad constitucional resulta necesario atenerse a la realidad de los hechos, con prescindencia de toda cuestión terminológica.

Con lamentable frecuencia la voracidad fiscal generada por el despilfarro de los fondos públicos impulsa a los funcionarios gubernamentales a crear vías exóticas para incrementar la recaudación de fondos, con total menosprecio de la libertad fiscal.

Una de ellas es el llamado *ahorro obligatorio*, que consiste en la obligación impuesta a los contribuyentes de entregar sumas de dinero al Estado, con cargo para este último de restituir las a valores nominales y con una baja tasa de interés después de transcurrido un lapso amplio (935).

El régimen del ahorro obligatorio, si bien participa de algunas características propias de los impuestos, por la circunstancia de ge-

---

(933) Fallos CS 105:50; 138:161; 195:539; 196:218; 206:21.

(934) José O. Casás, *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente*, p. 536, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 2002.

(935) El ahorro obligatorio fue establecido por las leyes 23.256 y 23.549.

nerar una contraprestación específica queda excluido del ámbito de estos últimos (936).

En la relación jurídica resultante del ahorro obligatorio existe una contraprestación, consistente en el reintegro del dinero entregado por el contribuyente con más el interés que establece la ley. De modo que el contribuyente tiene un derecho subjetivo frente al Estado para reclamar una contraprestación específica, circunstancia que no se presenta en materia de impuestos.

El ahorro obligatorio no reúne las características que tipifican a las tasas y contribuciones especiales. Tampoco puede ser integrado a la categoría de los empréstitos.

Los empréstitos, previstos en los arts. 4º y 75, inc. 4º, de la Constitución, consisten en una oferta realizada por el Estado que tiene necesidad de recaudar fondos, los cuales serán reembolsados bajo la forma, en el plazo y condiciones que son establecidas de antemano en la oferta. Pero la relación jurídica que configura el empréstito solamente se materializa mediante la aceptación voluntaria de los particulares. La relación jurídica es consecuencia de un acuerdo de voluntades, aunque importe una especie de adhesión, y no de una imposición estatal.

De todas maneras, si se llegara a aceptar el ahorro forzoso como una especie de limitación temporal al derecho de propiedad, la restitución de los importes absorbidos por el fisco se debe realizar en un plazo razonable. Además, debe abarcar la totalidad actualizada del capital aportado y una renta compensatoria. Esto último no aconteció con el régimen implantado por las leyes 23.256 y 23.549 ya que, la restitución de los valores, se hizo sobre la base de un criterio nominal sin atender al agudo proceso inflacionario que se operó durante el lapso de vigencia del empréstito. Ello acarrió una injustificada lesión al derecho de propiedad que debía ser subsanada mediante la correspondiente actualización. El Estado no lo hizo determinando que, el monto restituido, fuera el 10 % del importe aportado forzosamente por el contribuyente.

La Corte Suprema, de manera explícita, le asignó al ahorro obligatorio la naturaleza de un impuesto (937), sosteniendo que era un

---

(936) Conf. GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II, p. 125, ob. cit.; HORACIO GARCÍA BELSUNCE, *El ahorro obligatorio*, Información Empresaria N° 214; GUILLERMO BECERRA FERRER, *Constitucionalidad del ahorro forzoso*, El Derecho 117-893.

(937) Fallos CS 318:697 y 788.

gravamen adicional a los ya pagados por los contribuyentes y que no se superponía con éstos.

Entendemos que la libertad fiscal que consagra la Constitución no se compadece con el régimen del ahorro forzoso, que es una muestra de ese pernicioso e incontrolable afán del Estado de hacerse de recursos para costear los gastos generados por una ineficiente conducción económica gubernamental, lesionando de manera inmediata los intereses particulares, y en forma mediata las posibilidades del desarrollo económico de un país.

## 292. INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES FISCALES

La interpretación de las leyes fiscales no puede quedar al margen del sistema constitucional en que se sancionan, desconociendo los propósitos personalistas que inspiraron su establecimiento. Esta afirmación conduce a desechar todos aquellos criterios interpretativos que le asignan al poder impositivo una envergadura y potencia tales que desembocan en la desnaturalización de la libertad y dignidad del hombre.

Entre estos últimos incluimos a la interpretación analógica, extensiva y en favor del fisco. Considerando que el Estado fue creado y funciona únicamente para satisfacer los intereses de la sociedad, se arriba a la conclusión de que las leyes fiscales siempre están destinadas a beneficiar a la comunidad y a los individuos que la integran, y que, como consecuencia ineludible, sus normas deben ser interpretadas propendiendo a facilitar la concreción de la política fiscal formulada por el Estado. Tal criterio, propio del fiscalismo, relega a un plano secundario a la libertad fiscal que, en definitiva, es una de las especies del género en que se fundamenta la democracia constitucional.

Si la meta del constitucionalismo es la protección de la libertad individual, estableciendo límites para el ejercicio del poder estatal y evitar así sus abusos y excesos, la interpretación de todas las leyes, incluyendo las fiscales, debe ser efectuada de manera tal que conduzca a la tutela y no al cercenamiento de la libertad, porque esas leyes son expresión del poder soberano estatal.

Consecuentemente, en caso de duda sobre los alcances de una norma, cuando el texto legal es oscuro e impreciso, la regla de interpretación aplicable es *in dubio pro libertate* y no *in dubio pro fisco*.

Pero, en el curso del proceso interpretativo, corresponde tener en cuenta que la finalidad del poder impositivo no es la de anular la

libertad fiscal, sino establecer razonables y equitativas limitaciones a la libertad particular para fortalecer, en forma mediata, a la libertad general, y posibilitar el progreso permanente de la sociedad a través de la recaudación de los recursos patrimoniales estrictamente necesarios. Esa interpretación garantiza a los individuos y a la sociedad contra el despojo y la exacción encubierta, permitiendo alcanzar los fines del movimiento constitucionalista en un marco armónico y razonable.

No es esta, lamentablemente, la conclusión que emana del análisis de la copiosa, intrincada y compleja red forjada por la legislación fiscal vigente y por el comportamiento, muchas veces arbitrario y abusivo, de las autoridades fiscales. Pero sí lo es de la doctrina jurisprudencial que, en líneas generales, puede ser sistematizada en los siguientes principios:

- 1) La denominación atribuida a un gravamen es insuficiente para definir sus características y precisar sus efectos, ya que en materia tributaria corresponde prescindir del nombre dado a una contribución y atender a su naturaleza.
- 2) Las leyes impositivas deben ser interpretadas analizando todas sus disposiciones como integrantes de un cuerpo orgánico, y no de manera aislada.
- 3) Las excepciones a las leyes impositivas deben ser interpretadas con criterio restrictivo.
- 4) Las omisiones en materia impositiva no pueden ser suplidas por vía de la interpretación analógica o por decisión judicial. Por vía de la interpretación analógica, los jueces no pueden establecer impuestos, tasas o contribuciones especiales, o extender sus ámbitos a situaciones que no están explícitamente previstas en la ley. Esta última conclusión también es aplicable a la autoridad ejecutiva en materia fiscal.
- 5) Los jueces no pueden pronunciarse sobre la conveniencia, la eficiencia, la oportunidad o la finalidad política, social y económica de la norma fiscal, porque la prudencia, acierto o bondad de las leyes fiscales es una cuestión ajena a las funciones del órgano judicial.
- 6) En caso de duda, la interpretación debe ser favorable a la libertad fiscal y no al poder impositivo.
- 7) Las leyes impositivas no pueden ser retroactivas, ya que, en virtud del principio de legalidad de los tributos, la ley debe ser anterior al hecho imponible. Agotada la relación fiscal con respecto a un hecho imponible, el Estado no puede restable-

cer esa relación agravando las contribuciones satisfechas o creando otras porque estará lesionando los derechos adquiridos por el contribuyente, al margen de acarrear una absoluta inseguridad jurídica (938).

- 8) Los tribunales judiciales solamente pueden expedirse sobre la constitucionalidad de un tributo si éste ha sido objeto de pago y el contribuyente demanda su repetición. Esta regla del *solve et repete* como condicionante del reclamo judicial constituye, a nuestro entender, una flagrante violación de la garantía del debido proceso y del derecho de toda persona para acceder a los estrados judiciales. De todas maneras, y como excepción, los tribunales se han apartado de ese principio cuando su cumplimiento afecta sensiblemente el patrimonio del contribuyente y resiente la posibilidad de ejercer el derecho de defensa en juicio. Al decidir el caso "*Centro de Diagnóstico de Virus*", la Corte Suprema de Justicia, con la disidencia de los jueces Carlos Fayt, Ricardo Lorenzetti y Carmen Argibay, sostuvo que el principio *solve et repete* no es aplicable cuando en la causa existen elementos suficientes que permiten presumir la imposibilidad del apelante para el pago del monto reclamado en atención al giro económico de la empresa. En tal caso, la denegación del recurso importa un excesivo rigor que menoscaba el derecho de defensa en juicio (Fallos 247:181; 265:38; 261:101; 307:1963; 313:914). Para la minoría, en cambio, la atenuación del rigor que presenta el principio *solve et repete* es menester que el apelante, además de alegar la desproporción del monto intimado o la falta de medios necesarios para hacer frente al pago del tributo, aporte los elementos de prueba que constituyan índices reveladores de su estado patrimonial (939). Consideramos que la aplicación del principio *solve et repete* es inviable como consecuencia de la garantía judicial establecida por el art. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con expresa referencia a los derechos y obligaciones fiscales.
- 9) El amplio poder impositivo reconocido por la Constitución a las provincias solamente está limitado por la delegación de atribuciones efectuadas al Gobierno Nacional. Asimismo, en caso de duda sobre si una materia fiscal está comprendida en

---

(938) Fallos CS 283:360; 307:305; 312:2467; 315:984.

(939) Sentencia del 2 de agosto de 2005; El Derecho, 2 de diciembre de 2005; LA LEY, 12 de enero de 2006; DJ, 7 de diciembre de 2005, 1058. En el caso, el monto del depósito que condicionaba la concesión del recurso era de \$ 522.981,87 y el capital social de la empresa ascendía a \$ 10.000.

la órbita del poder impositivo provincial o nacional, la solución debe ser favorable al primero, por aplicación del art. 121 de la Constitución. Las provincias conservan todos los atributos impositivos que no han delegado a la Nación.

- 10) La acción de repetición por un impuesto pagado sin causa, no puede estar condicionada a la prueba, por el contribuyente, de un empobrecimiento por no haber podido trasladar su importe a un tercero. Si el impuesto pagado no tiene causa constitucional, corresponde su restitución porque, caso contrario, se opera un enriquecimiento ilícito y sin causa del fisco. Este principio que había sido reiteradamente sostenido por la Corte Suprema (940), fue dejado sin efecto en el caso "*Mellor Goodwin*" (941). Se impuso la prueba fehaciente del perjuicio que había ocasionado al contribuyente por no poder trasladar su impacto a terceros. Posteriormente, en el caso "*S.A. Petroquímica Argentina - PASA*" (942), la Corte retornó a su anterior doctrina jurisprudencial. Es que, al margen de los factores fiscales, intervienen factores económicos que, como consecuencia del tributo impuesto sin causa, pueden afectar la situación patrimonial del contribuyente. En el caso "*Nobleza Piccardo*" (943) la Corte Suprema restableció la teoría del empobrecimiento de "*Mellor Goodwin*".

### 293. DISTRIBUCIÓN DEL PODER IMPOSITIVO

Uno de los requisitos necesarios para concretar la autonomía política originaria de las provincias en un Estado federal, reside en reconocer a aquéllas el ejercicio del poder impositivo. Las provincias, mediante el ejercicio autónomo de ese poder, obtienen los recursos necesarios para el logro de los fines que presupone su existencia, sin estar sujetas a una dependencia económica que perturbe su autonomía política y desnaturalice la esencia del sistema federal.

Tanto la Nación como las provincias deben disponer de sus propios recursos financieros que les resultan indispensables, ejercien-

(940) Fallos CS 101:8.

(941) Fallos CS 287:79 y 288:333. La prueba del empobrecimiento no se requería si, con respecto al impuesto a los réditos, la acción era ejercida por un individuo conforme a lo resuelto en Fallos CS 289:67 y 294:20.

(942) Fallos CS 297:500.

(943) Sentencia del 5 de octubre de 2004. Fallos CS 327:4607; LA LEY, 21 de octubre de 2004. *Supra* 284.



do el poder impositivo sujeto a los límites que emanan de la libertad fiscal.

Las reglas que regulan y coordinan las relaciones entre el poder impositivo provincial y el correspondiente al Estado Nacional, están contenidas en la Constitución. Ella delimita las competencias en materia tributaria, estableciendo las áreas reservadas a la Nación y las que corresponden a las provincias en virtud del art. 121 de la Ley Fundamental.

Conforme al articulado de la Constitución Nacional, la distribución de competencias es la siguiente:

A) Son de competencia del Estado Nacional:

1. - De manera exclusiva y permanente los derechos de importación y exportación, y la renta de correos (arts. 4º, 9º, 75, inc. 1º, y 126).
2. - En forma permanente y concurrente con las provincias los impuestos indirectos, los cuales están sujetos a la coparticipación, con la salvedad de aquellos que, en una parte o el total, tengan una asignación específica (arts. 4º, 17, 75, inc. 2º, y 121).
3. - Los impuestos directos, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, establecidos por tiempo determinado para la defensa, seguridad común y bien general del Estado, los cuales están sujetos a la coparticipación a menos que, en una parte o el total, tengan una asignación específica (art. 75, inc. 2º).

B) Son de competencia provincial:

1. - Los impuestos indirectos en forma concurrente con el Estado Nacional (art. 4º, 17 y 121).
2. - Los impuestos directos, salvo los que establezca el Estado Nacional en todo el territorio del país, por tiempo determinado para la defensa, seguridad común y bienestar general del Estado (arts. 75, inc. 2º, y 121).

El principio general para delimitar la distribución del poder impositivo resulta del art. 121 de la Constitución, según el cual las provincias conservan todo el poder que no han delegado en la Nación. De modo que, en principio, la totalidad del poder impositivo corresponde a las provincias, sujeto a las excepciones taxativamente enunciadas por la Constitución.

De este principio general resulta que:

1. -Las provincias pueden establecer todas aquellas contribuciones que no han sido delegadas por la Ley Fundamental al Estado Nacional.
2. -El ejercicio del poder impositivo por las provincias no puede modificar el contenido de las leyes cuya sanción es de competencia del Congreso Nacional para el territorio de todo el país.
3. -Los impuestos directos están reservados a las provincias, con la salvedad dispuesta por el art. 75, inc. 2º, de la Constitución.
4. -Las provincias pueden establecer impuestos indirectos, aunque existan contribuciones nacionales análogas. La doble imposición no es necesariamente inconstitucional, a menos que resulte de manera manifiesta la incompatibilidad en el ejercicio simultáneo del poder impositivo en los órdenes nacional y provincial.
5. -Los derechos de exportación e importación solamente pueden ser aplicados por el Estado Nacional, a igual que las rentas de correos.
6. -Las provincias no pueden establecer impuestos que, en forma directa o indirecta, impidan, perturben o graven el comercio interjurisdiccional, la circulación interprovincial o el comercio exterior.
7. -En el marco del art. 75, inc. 18, de la Constitución, el Estado Nacional puede establecer excepciones y privilegios respecto de gravámenes provinciales.
8. -Las provincias no pueden gravar con el impuesto a los ingresos brutos las ganancias de una empresa que presta el servicio público de transporte de energía eléctrica (944), así como tampoco a las empresas generadoras de electricidad (945), debido al carácter federal de la materia energética. A tales empresas, los municipios pueden exigir que abonen las tasas por inspección, seguridad e higiene, pero no la tasa por inspección de motores y calderas por tratarse de servicios que están a cargo del Ente Nacional Regulador de Electricidad y no del municipio (946). Las aeronaves estatales utilizadas con fines de fomento deben abonar las tasas provinciales en concepto

---

(944) Fallos CS 325:723. Similar decisión se adoptó en los casos "*Transnoa c. Catamarca*" (27-6-2002) y "*Transnoa c. Salta*" (26-11-2002).

(945) Fallos CS 322:2598.

(946) Fallos CS 325:931.

de ocupación de local, aterrizajes y uso de aeroestación. El contrato de electroducto celebrado por el Estado Nacional con el accionante para la construcción y mantenimiento del sistema de transmisión relacionado con la central hidroeléctrica de Yacyretá, está sujeto a la jurisdicción y legislación federal y exento del pago del impuesto provincial de sellos (947).

9. -Las provincias que se adhirieron al Pacto Federal impositivo establecido por la ley 24.065, deben abstenerse de aplicar aquellos tributos locales cuya derogación inmediata fue dispuesta por ella. Asimismo, respecto de aquellos cuya derogación se debe concretar de manera progresiva, una vez que la provincia adoptó tal medida no puede restablecerlos mientras subsista la vigencia de aquella ley (948).
- 10.-La Corte Suprema tiene resuelto que, tanto las provincias como los municipios, no están habilitadas para apartarse de la legislación de fondo cuando regulan sobre la materia fiscal que concierne a temas de derecho público local. Tal es lo que acontece con los plazos de prescripción previstos en aquella legislación de fondo (949).

La distribución del poder impositivo realizada por la Constitución entre el Estado Nacional y las provincias es teóricamente clara y precisa. Sin embargo, en la práctica impositiva, la complejidad y diversidad de los criterios legales y técnicos utilizados para la configuración de la relación fiscal desembocan en soluciones que son, muchas veces, arbitrarias e injustas para los contribuyentes. Además, esa arbitrariedad e injusticia, si bien repercuten en forma inmediata sobre la libertad fiscal individual de los contribuyentes, concluyen proyectándose sobre la comunidad, con su secuela de graves trastornos económicos y sociales.

Uno de tales fenómenos es la superposición impositiva o la doble imposición federal y provincial, cuyos defectos pretenden ser remediados a través de la coparticipación nacional y provincial de los impuestos.

A partir del año 1934, en que fue sancionada la ley 12.139 de unificación de los impuestos internos, se dictaron numerosas leyes convenio que prevén la adhesión de las legislaturas provinciales a un sistema de coparticipación en materia impositiva (950).

---

(947) Fallos CS 327:2369.

(948) Fallos CS 322:1781.

(949) Fallos CS 284:319; 320:1344; El Derecho 205-209.

(950) Entre otras, las leyes 12.143, 12.147, 12.956, 14.060, 14.390, 14.788, 20.221, 23.548, 24.130.

Se trata de leyes sancionadas por el Congreso de la Nación cuyo régimen, de vigencia temporal determinada, lo faculta para dictar normas fiscales, quedando inhibidas las provincias adherentes para ejercer su poder impositivo sobre las materias reguladas. La recaudación de los impuestos enunciados en la ley convenio queda centralizada en el Estado Nacional, previéndose la participación que corresponde a la Nación y a las provincias sobre los montos recaudados, a cuyo efecto se tienen en cuenta diversos elementos, tales como la población, la generación de materias primas, la producción, los gastos realizados por cada provincia. Los impuestos provinciales previstos en las leyes de coparticipación quedan derogados en las provincias que se adhieren al sistema, las cuales no pueden establecer tributos de esa índole durante la vigencia de la ley.

Desde un punto de vista formal, a partir de la reforma constitucional de 1994, entendemos que las leyes convenio no vulneran las normas de la Constitución Nacional a pesar de los reparos que puedan merecer por debilitar la autonomía provincial.

Antes de esa reforma constitucional, las opiniones doctrinarias no eran concordantes. García Belsunce consideraba que el régimen de coparticipación no se oponía a la Constitución, aunque formulaba ciertos reparos sobre sus bondades (951). Linares Quintana entendía que el sistema de coparticipación importaba la renuncia de las provincias de importantes potestades fiscales que no se compatibilizan con la esencia de la forma federal de Estado (952). Bidart Campos, entendía que el mecanismo era constitucional con referencia a los impuestos indirectos. En cambio sostenía su inconstitucionalidad respecto de los impuestos directos cuya competencia es, esencialmente, provincial. Si bien tales tributos pueden excepcionalmente y por tiempo determinado ser establecidos por la Nación, en la práctica esa limitación temporal había sido desvirtuada a través de sucesivas leyes de prorroga (953).

El art. 75, inc. 2º, de la Ley Fundamental, conforme a la reforma concretada en 1994, establece que una ley convenio sancionada por el Congreso, y actuando como cámara de origen el Senado, determinará el régimen de coparticipación entre la Nación y las provincias garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.

(951) HORACIO GARCÍA BELSUNCE, *Estudios financieros*, p. 310, ob.cit.

(952) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, p. 292, ob. cit.

(953) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, t. I, p. 385, ob. cit.

Sancionada la ley convenio, su obligatoriedad para cada provincia está sujeta a la adhesión de su respectiva legislatura. Efectuada la adhesión, la ley no puede ser modificada unilateralmente.

La Constitución no prevé la participación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los acuerdos previos a la elaboración de la ley convenio, así como tampoco a su aprobación legal que sí es requerida para las provincias. Pero es incluida para la distribución de los recursos provenientes del régimen de coparticipación.

Si bien la vigencia del régimen de coparticipación requiere de la conformidad provincial, todas las contribuciones indirectas o directas que perciba el Estado nacional y que correspondan a las provincias son necesariamente coparticipables (954).

La ley convenio que sancione el Congreso deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de cada una de sus cámaras, a igual que la ley especial que establezca y modifique asignaciones específicas de recursos coparticipables por tiempo determinado (art. 75, inc. 3°).

Cuando las normas de una ley convenio engloban impuestos directos, cuya sanción está constitucionalmente reservada a las provincias con la salvedad del art. 75, inc. 2°, la prórroga indefinida de las leyes convenio desnaturaliza la exigencia del tiempo determinado prevista en esa norma constitucional. En este caso, tal como lo destaca Bidart Campos (955), se está modificando por acuerdo de partes el sistema de competencia impositiva establecido en la Constitución mediante una delegación inadmisibles de las potestades impositivas provinciales.

Al margen de esta consideración formal, y sin perjuicio de reconocer las bondades que ofrece el régimen de coparticipación frente al fenómeno de la doble imposición, su aplicación ha lesionado sensiblemente la estructura federal de la Constitución, conduciendo a la dependencia económica de las provincias respecto del poder central. La inserción de la Nación en las economías provinciales mediante el sistema de coparticipación y el mecanismo de presión política que representa (956), debilita su autonomía y desnaturaliza la

---

(954) ENRIQUE BULIT GONI, *La coparticipación federal en la reforma constitucional de 1994*, LA LEY, 1995-D, 997.

(955) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 386, ob. cit.

(956) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, p. 276, ob. cit.

eficacia de la garantía federal impuesta por el art. 5º de la Ley Fundamental.

Joaquín V. González advertía ante el Senado que *"las Provincias, antes de la Constitución, tenían más fuentes de recursos que ahora; y ha habido Provincias que han sido más ricas que hoy, y han gozado de bienestar efectivo. Las rentas nacionales se organizaron a costa de los recursos propios de las Provincias, que cedieron sus aduanas, cedieron sus casas de moneda y algunos ramos interprovinciales, cedieron todo aquello que era su vida propia, en obsequio de la formación del tesoro nacional"* (957). Por su parte, Linares Quintana, destaca que el *"sacrificio económico institucional que las Provincias realizaron en el acto constituyente, creó la ineludible obligación constitucional para el poder central de garantizar la autonomía económica de los Estados miembros"* (958).

En nuestra práctica institucional, especialmente a partir de 1983, la cesión hecha por las provincias de sus potestades fiscales más importantes en el gobierno central, han deteriorado sensiblemente sus estructuras económicas y recursos para satisfacer las necesidades sociales. Asimismo, la despreocupación provincial por la recaudación de recursos, al delegar su ejecución en la Nación, también ha conducido, en muchos casos, a dilapidar esos recursos a la espera de las compensaciones o adelantos de fondos por la Nación. Tal situación se ha traducido en una realidad patológica. El continuo peregrinaje de los gobernadores provinciales a la Capital Federal en busca de nuevos recursos cuya concesión, con lamentable frecuencia, se condiciona a la adopción por tales gobernadores y legisladores nacionales elegidos en sus provincias de políticas afines o de apoyo al órgano ejecutivo central.

---

(957) Citado en el Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación de 1941, p. 415.

(958) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VII, p. 368, ob. cit.

## CAPÍTULO IX

# LAS LIBERTADES POLÍTICAS

### 294. CONCEPTO Y EXTENSIÓN DE LA LIBERTAD POLÍTICA

La Constitución Nacional no distingue explícitamente las libertades civiles de las libertades políticas. No encontramos en ella una definición de esas categorías que nos permita tipificarlas sobre la base de un enfoque jurídico.

Tal circunstancia no es consecuencia de una deficiente técnica constitucional, porque una constitución no debe ser una obra doctrinaria o científica, sino esencialmente un documento realista, práctico e institucional, destinado a encauzar la solución de los problemas cotidianos de una sociedad organizada políticamente y no a satisfacer las exigencias resultantes de las elucubraciones teóricas.

Aplicando un enfoque realista, advertimos que la metodología constitucional es correcta, porque en el marco personalista de la Ley Fundamental ambas libertades son especies de un género único. Tanto la libertad civil como la libertad política son expresiones de la personalidad humana, y entre ellas no existen diferencias en orden a su naturaleza sino a su finalidad.

Si bien la Ley Fundamental no define a las libertades políticas para distinguirlas de las libertades civiles, cabe efectuar una clasificación de aquellas atendiendo a la tipificación que ofrece la Constitución de las libertades.

Por un lado, nos encontramos con aquellas libertades cuyo contenido político solamente se manifiesta con motivo de su ejercicio. Tal es el caso de la libertad de petición ejercida con el propósito de influir sobre el proceso del poder y no solamente como elemento que compone una relación jurídica entre sujetos de derechos.

Por otro lado, nos encontramos con libertades cuya tipificación constitucional solamente permite atribuirles carácter político. Tal es,

a título de ejemplo, la situación que contemplan los arts. 36, 37, 38, 39 y 40 de la Constitución.

Las libertades civiles, cuya regulación por las normas jurídicas positivas origina los derechos civiles y la consecuente posibilidad de ejercerlos contando con la tutela legal, están sustancialmente destinadas a satisfacer los intereses legítimos de los individuos o de la sociedad, prescindiendo de la tipificación del sistema político en el cual se desarrollan. Pueden estar relacionadas, en algún caso concreto, con los fenómenos del poder, pero esa relación será esencialmente tangencial, porque su meta es la convivencia social, con prescindencia de la estructuración política de la sociedad.

Pero esas mismas libertades civiles asumen el rol de libertades políticas cuando el objeto de su ejercicio se relaciona con la conservación, conquista o control del poder político. La meta individual, que puede no estar ausente en ellas, aparece empañada por una finalidad específica vinculada con el poder político de la organización global.

Existen libertades civiles que conforman la esencia de la naturaleza humana y derechos civiles positivos que son el reflejo de ellas. También existen libertades civiles jurídicas que no emanan de la naturaleza del hombre sino de la ley positiva que las traduce en derechos. Lo propio acontece con las libertades políticas, aunque su caracterización y mayor o menor reconocimiento legal están condicionados a la tipificación del sistema político.

Las libertades políticas son esenciales y sumamente amplias en un sistema democrático constitucional. Son más extensas e intensas que en un sistema autocrático, porque en el sistema democrático constitucional, tanto dogmáticamente como por imposición de la idea política dominante en la sociedad, los individuos en su conjunto son considerados como reales y efectivos titulares del poder cuyo ejercicio les compete en forma directa o por medio de sus representantes dotados de legalidad y legitimidad electoral. Precisamente, a través del reconocimiento y ejercicio de los derechos políticos se opera la participación de los individuos en el proceso del poder.

La diferencia entre las libertades civiles y las libertades políticas no reside en su naturaleza, sino en la finalidad a la cual responde su ejercicio. Las libertades de petición, reunión, asociación y expresión, entre otras, son manifestaciones del género libertad que pueden proyectarse tanto en el ámbito civil como en el político. Su reconocimiento por los arts. 14 y 33 de la Ley Fundamental es efectuado con prescindencia de la caracterización civil o política que puedan tener en cada caso concreto.



Cuando la libertad de petición se ejerce con una finalidad política conforme a las leyes reglamentarias (art. 28), tiene una limitación específica establecida por el art. 22 de la Ley Fundamental.

Una situación similar se presenta con la libertad de reunión, que también aparece mencionada por el art. 22 de la Constitución.

En cuanto a la libertad de asociación con fines útiles, contemplada en el art. 14 de la Ley Fundamental, su proyección al ámbito político se advierte en el caso de los partidos políticos previstos por el art. 38 de la Constitución, las facciones políticas o cualquier otro tipo de entidad que, de manera permanente o esporádica, dirige su actividad hacia la conquista, conservación o control del poder político.

A su vez, con respecto a la libertad de expresión en general y a la libertad de prensa en particular, su ejercicio en las dimensiones institucional y estratégica constituye, con frecuencia, la manifestación del ejercicio de una libertad política.

De manera que, en abstracto, no es correcto calificar a una libertad como civil o política. La calificación solamente podrá resultar de la finalidad atribuida al ejercicio de la libertad, salvo cuando la Constitución le asigna una naturaleza específicamente política.

Las libertades, en su matiz político, están reconocidas a lo largo del texto constitucional. Sin embargo, merece particular consideración la cláusula residual del art. 33, en el cual se expresa que están reconocidos todos aquellos derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Todos aquellos derechos sin los cuales resulta utópico asignar a la comunidad el carácter de titular del poder, o atribuir a una estructura gubernamental la conformación republicana, son expresiones de la libertad política.

Se suele indicar que las libertades políticas y los consecuentes derechos políticos son solamente tales cuando su titularidad es reconocida a los ciudadanos, y excepcionalmente a los extranjeros, así como también a los partidos políticos, requiriéndose en ambos casos que no tenga otra finalidad que la política (959). Compartimos esta afirmación, aunque considerando que el carácter relevante no resulta de la naturaleza del sujeto que ejerce la libertad, sino de la finalidad a que responde su ejercicio.

Un partido político puede ejercer libertades con una finalidad esencialmente civil, como contratar personal dependiente o adqui-

---

(959) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II, p. 34, ob. cit.

rir un inmueble, y en tales casos no estaremos presenciando la manifestación de una libertad política, aunque su sujeto estuviese constituido con un objetivo de esa índole. Asimismo, una entidad civil puede desarrollar alguna actividad encaminada a controlar el ejercicio del poder político, en cuyo caso estará ejercitando una libertad política y no civil. Ciertas manifestaciones del ejercicio de la libertad pueden ser reguladas por la ley mediante el reconocimiento de derechos políticos a los ciudadanos y a los partidos políticos, pero ello no es obstáculo para que esas libertades, aunque difieran sus efectos jurídicos, puedan ser ejercidas por los extranjeros o por entidades que no sean partidos políticos. Esto nos conduce a reiterar que la distinción constitucional entre las libertades civiles y las libertades políticas no reside en la naturaleza de la libertad o en la calidad del sujeto que la ejerce, sino en su objetivo: la conservación, conquista o control del poder político.

Cabe afirmar que virtualmente todas las libertades civiles pueden asumir el rol de libertades políticas. A ellas se añaden ciertas libertades que son esencialmente políticas, tales como las que están reguladas por el derecho electoral, la regulación de los partidos políticos y las formas semidirectas de democracia.

Las libertades políticas, al igual que las libertades civiles, no son absolutas. Su ejercicio puede quedar sujeto a una reglamentación razonable, conforme lo dispone el art. 28 de la Ley Fundamental, sin perjuicio de las condiciones específicas que establece la propia Constitución al determinar, por ejemplo, los requisitos que se deben reunir para ejercer el derecho de acceder a determinados cargos públicos.

Pero la Constitución también contiene otras cláusulas específicamente aplicables respecto de las libertades políticas. Así, su art. 18 establece que queda abolida para siempre la pena de muerte por causas políticas, prohibición que no se extiende a la dispuesta legalmente por causas civiles, sin perjuicio de lo prescripto por el art. 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en orden a que no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido, que no se aplicará la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos, y que no se impondrá la pena de muerte a mujeres en estado de gravidez ni a las personas que en el momento de la comisión del delito tuvieron menos de dieciocho años o más de setenta.

En el orden internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que todos los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; de votar

y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Añade que la ley puede reglamentar el ejercicio de esos derechos y oportunidades exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal (art. 23). Una disposición similar está contenida en el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

### 295. NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA

La población o los habitantes que constituyen el elemento humano sobre el cual se ejerce el poder soberano de un Estado pueden dividirse en tres categorías: extranjeros, nacionales y ciudadanos.

Los extranjeros son aquellas personas que, en virtud de la Constitución y sus normas reglamentarias no integran nominalmente la comunidad política nacional. Su situación jurídica, tanto en el derecho civil como en el derecho público, puede diferir de la correspondiente a los nacionales y ciudadanos, siempre que no se traduzca en un desconocimiento de la dignidad y condición humana (art. 20 C.N.).

En tal sentido, las libertades civiles y sus garantías son reconocidas en los arts. 14, 17, 18 y 19 de la Constitución a todos los habitantes del país, sin distinguir entre nacionales y extranjeros. Asimismo, reforzando esa conclusión, el art. 20 de la Ley Fundamental establece que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles de los ciudadanos, pudiendo ejercer su industria, comercio y profesión, poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos, navegar los ríos y costas, ejercer libremente su culto, testar y casarse conforme a las leyes, y que no están obligados a admitir la ciudadanía ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Tal cláusula, de ejemplar generosidad, constituye la aplicación práctica del Preámbulo de la Ley Fundamental, cuando dispone que los beneficios, garantías y libertades por ella establecidos lo son, entre otros, para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino.

Asimismo, y para fomentar la inmigración, y la adopción de la nacionalidad, el art. 21 de la Ley Fundamental establece que los argentinos naturalizados son libres de prestar o no el servicio de armarse en defensa de la patria y la Constitución por el lapso de diez años a partir de la obtención de la carta de ciudadanía.

La nacionalidad, si bien es un concepto político, define una relación de derecho público entre el individuo y una organización política global, por la cual se afirma su pertenencia a la comunidad nacional sobre la cual se sustenta el elemento humano de un Estado. Esa relación genera derechos, deberes y garantías que colocan al individuo en una condición o estado que puede diferir de la que corresponde a los extranjeros que habitan un país. Así, por vía reglamentaria de la Constitución y en un marco de razonabilidad, la ley puede vedar a los extranjeros, y reservar a los nacionales, el acceso a ciertos empleos o el ejercicio de algunas actividades estrechamente vinculadas con la seguridad del Estado.

La ciudadanía, que presupone la nacionalidad, define una relación de derecho político entre el individuo y una organización política global, que lo habilita legalmente para participar en el proceso del poder ejerciendo institucionalmente las libertades políticas que prevé la Constitución.

Los vocablos *nacionalidad* y *ciudadanía* definen dos situaciones diferentes. A pesar de la vinculación que existe entre ellos, por cuanto la ciudadanía presupone la nacionalidad, y a pesar de ser empleados frecuentemente como sinónimos, los conceptos de nacionalidad y ciudadanía describen distintas realidades jurídicas y políticas. La nacionalidad se proyecta sobre las libertades civiles; en cambio la ciudadanía, además de comprender aquéllas, se proyecta también sobre los derechos políticos.

La distinción entre la nacionalidad y la ciudadanía, asignando a la primera cierto contenido de derecho civil y a la segunda un contenido de derecho político, es generalmente aceptada por la doctrina constitucional (960), sin perjuicio de destacar que la Ley Fundamental utiliza en principio solamente el vocablo *ciudadanía* y no *nacionalidad*.

Así, y además de la referencia ya citada que contiene su art. 20, establece que los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás (art. 8°); que todo ciudadano está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional

---

(960) JOSÉ MANUEL ESTRADA, *Curso de Derecho Constitucional*, t. I, p. 99, ob. cit.; RODOLFO RIVAROLA, *Diccionario Manual de Instrucción Cívica y Práctica Constitucional Argentina*, p. 423; RAFAEL BIELSA, *Derecho Constitucional*, p. 199, Depalma, Buenos Aires 1959; SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VIII, p. 13, ob. cit.

(art. 21); que los ciudadanos por naturalización son libres de prestar o no el servicio de asumir la defensa de la Patria y la Constitución por el término de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía (art. 21); que para ser diputado se requiere tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio (art. 48); que para ser elegido senador se requiere haber sido seis años ciudadano de la Nación (art. 55); que para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación se requiere haber nacido en el territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero (art. 89); que las provincias no pueden dictar especialmente leyes sobre ciudadanía o naturalización (art. 126).

La interpretación doctrinaria que distinguía los conceptos de nacionalidad y ciudadanía ha sido expresamente incorporada a la Constitución con la reforma de 1994. El vocablo "*ciudadanía natural*" que contenía el actual art. 75, inc. 12, de la Constitución, fue sustituido por la expresión "*nacionalidad natural*". En dicha norma también fue incluida la denominación de "*nacionalidad por opción*", como especie particular de la nacionalidad natural que se reconoce a los hijos de argentinos nativos nacidos en el extranjero.

De todas maneras, y a pesar de que la Ley Fundamental no distingue conceptualmente los vocablos *nacionalidad* y *ciudadanía*, entendemos que no existen reparos constitucionales para que, por vía legal reglamentaria y sin desnaturalizar los principios constitucionales, se proceda a diferenciar ambas categorías atribuyendo distintas consecuencias jurídicas, tal como en su momento lo hizo la ley 21.795 (961). Ello como consecuencia de una interpretación finalista del art. 75, inc. 12, de la Constitución.

Esta conclusión está avalada por un precedente legislativo importante. El 19 de septiembre de 1857 el Congreso de la Confederación Argentina sancionó una ley que establecía la distinción entre *argentinos* —como sinónimo de *nacionales*— y *ciudadanos*. Declaraba que eran argentinos: 1) las personas nacidas en el territorio nacional; 2) los hijos de madre o padre argentinos, nacidos en el extranjero, a menos que prefiriesen la nacionalidad del país de su nacimiento; 3) los extranjeros que obtuvieran carta de naturalización. A su vez, declaraba que eran ciudadanos: 1) los argentinos mayores de veintiún años, o antes si fueran emancipados; 2) los extranjeros que al 9 de julio de 1853 ya eran reputados ciudadanos en cada provincia, debiendo solicitar su carta de ciudadanía dentro del plazo de un año.

---

(961) Conf. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VIII, p. 34, ob. cit.

Esta ley fue objeto de severas críticas por admitir el *jus sanguinis* en beneficio de los hijos de argentinos nacidos en territorio extranjero que prefiriesen la nacionalidad de sus padres. Se trataba de una crítica política, aunque no jurídica, por cuanto el entonces art. 64, inc. 11, de la Constitución facultaba al Congreso para dictar leyes generales sobre ciudadanía o naturalización, sin hacer referencia a la sujeción al principio de la nacionalidad natural o *jus soli*, tal como lo dispone el texto del actual art. 75, inc. 12.

En el orden internacional, el art. 15 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por las Naciones Unidas en 1948, establece que toda persona tiene derecho a una nacionalidad y que nadie puede ser privado arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar la misma. En igual sentido, el art. 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a una nacionalidad; que toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra; que nadie será privado arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

La citada Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la ley 23.054, distingue claramente la nacionalidad de la ciudadanía. Así, su art. 23, al enunciar los derechos políticos, establece que la titularidad de los mismos corresponde a todos los ciudadanos. Solución similar es adoptada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 23.313, cuyo art. 25 dispone que todos los ciudadanos gozarán, sin restricciones indebidas, de los derechos de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; de votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

## 296. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA NACIONALIDAD

El art. 75, inc. 12, de la Constitución atribuye al Congreso una competencia exclusiva para dictar leyes sobre naturalización y nacionalidad con sujeción al principio de la nacionalidad natural. Se trata de una de las potestades delegadas expresamente por las provincias en la Nación, conforme resulta del art. 126 de la Ley Fundamental, que les prohíbe a aquéllas dictar leyes sobre la materia.

El principio fundamental para la determinación de la nacionalidad de una persona es el lugar del nacimiento. Es el sistema del *jus soli*, al cual alude la Constitución cuando menciona a la nacionalidad natural.

La nacionalidad originaria o por nacimiento no es la única prevista por la Ley Fundamental. En su art. 20 también contempla la nacionalidad por naturalización. Establece que los extranjeros pueden obtener voluntariamente la nacionalidad argentina mediando una residencia continua de dos años en la Nación. Asimismo, ese plazo mínimo de dos años puede ser reducido por la autoridad cuando se trate de extranjeros que acrediten haber prestado servicios a la República.

Además de la nacionalidad de origen y de la nacionalidad por naturalización, la Constitución prevé una tercera categoría, que es la nacionalidad por opción. Esta categoría resulta de la interpretación extensiva del art. 89 de la Ley Fundamental, que faculta la elección como presidente o vicepresidente de la Nación de aquellas personas nacidas en país extranjero que son hijos de un argentino nativo. El fundamento de esta cláusula reside en que, al tiempo de ser sancionada la Constitución, existía una cantidad considerable de argentinos nativos que, con motivo de las persecuciones políticas, habían emigrado del país, radicándose con sus familias en el extranjero, donde habían nacido sus hijos. La rigurosa aplicación de la regla del *jus soli* impedía que pudieran ser considerados como argentinos nativos, quedando inhabilitados para acceder a la primera magistratura del país.

Asimismo, el art. 75, inc. 12, también alude expresamente a la nacionalidad por opción con implícita remisión al art. 89 en orden a la nacionalidad nativa que deben tener los padres.

La interpretación de los arts. 75, inc. 12, y 89 de la Ley Fundamental conduce a dos conclusiones: 1) los argentinos por opción están equiparados a los argentinos nativos; 2) los argentinos por opción son argentinos naturalizados y no nativos, aunque a diferencia de aquellos pueden ser elegidos presidente o vicepresidente de la Nación. Consideramos que la segunda conclusión es la que mejor se adecua al mandato categórico del art. 75, inc. 12, respecto de la implantación de la nacionalidad natural conforme al principio del *jus soli* (962).

---

(962) Conf. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VIII, p. 28, ob. cit.; GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 130, ob. cit.

El régimen de la nacionalidad está regulado por la ley 346, sancionada el 1° de octubre de 1969, con las modificaciones establecidas por las leyes 16.801 y 20.835 (963). Conforme al régimen legal vigente son argentinos nativos:

- 1) Las personas nacidas en el territorio nacional, cualquiera fuese la nacionalidad de sus padres, con excepción de los hijos de ministros y miembros de delegaciones extranjeras residentes en la República.
- 2) Los hijos de argentinos nativos nacidos en el extranjero que optaren por la nacionalidad argentina.
- 3) Los nacidos en las legaciones y buques de guerra de la Nación.
- 4) Los nacidos en las repúblicas que forman parte de las Provincias Unidas del Río de la Plata, antes de la emancipación de aquélla, que habiendo residido en el territorio de la Nación manifiesten su voluntad de ser argentinos nativos.
- 5) Los nacidos en mares neutrales bajo pabellón argentino.

Para obtener la nacionalidad por opción, el art. 5° de la ley dispone que deben acreditar, ante el juez federal, su calidad de hijo de argentino. No se impone la sustanciación de un proceso judicial, sino solamente la acreditación de la nacionalidad de sus padres.

Sobre tal base, el decreto 1601/04, reglamentario de la ley 346, prevé tanto un procedimiento consular como uno ante el Registro Nacional de las Personas, sin intervención de un juez federal. Así:

- 1) Cuando se trate de hijos menores de 18 años de padre o madre argentinos nativos que se hallan en el extranjero, la opción por la nacionalidad argentina debe ser formulada por quienes ejercen la patria potestad ante el cónsul argentino, quien inscribirá al menor en el libro de las personas del consulado, previa verificación del vínculo de parentesco y la calidad de argentino nativo del padre o de la madre.
- 2) Cuando se trate de hijos mayores de 18 años de padre o madre argentinos nativos, que residan en el extranjero, ellos podrán solicitar la inscripción consular, previa acreditación del vínculo de parentesco y de la nacionalidad argentina nativa del padre o la madre.

---

(963) La ley 346 había sido sustituida el 18 de mayo de 1978 por la ley 21.795, que el 6 de abril de 1984 fue derogada por la ley 23.059 restableciendo la vigencia del sistema anterior.



- 3) En ambos casos, la opción se puede concretar en el territorio nacional ante el Registro Nacional de las Personas acreditando los dos extremos citados en los casos anteriores.

Si bien la norma alude a los hijos de argentinos nativos, consideramos que es extensible a los hijos de argentinos por opción.

Del texto legal resulta que, si bien la base para discernir la nacionalidad nativa, natural, de origen o por nacimiento es el principio constitucional del *jus soli*, existen importantes excepciones que consagran la regla del *jus sanguinis*.

En cuanto a los argentinos por naturalización, la ley establece que la concesión de la nacionalidad será otorgada por el juez federal (art. 6º) a:

- 1) Los extranjeros mayores de dieciocho años de edad que residan en el país dos años en forma continua, y solicitan la adopción de la nacionalidad argentina ante el juez federal. La decisión la pueden adoptar directamente sin requerir la conformidad de sus padres y sin ser asistidos por el ministerio pupilar.
- 2) Los extranjeros que sin tener una residencia mínima de dos años acrediten ante el juez federal haber desempeñado con honradez empleos nacionales o provinciales dentro o fuera de la República; haber servido en las fuerzas armadas o haber asistido a una acción de guerra en defensa de la Nación; haber establecido en el país una industria nueva o una invención útil; ser constructor o empresario de ferrocarriles en cualquiera de las provincias; formar parte de las colonias establecidas en el territorio del país, poseyendo en ellas alguna propiedad inmueble; habitar o poblar territorios nacionales en las líneas de frontera o fuera de ellas; haberse casado con una mujer argentina; ejercer el profesorado en cualquiera de los ramos de la educación o de la industria.

Los argentinos nativos o naturalizados que hubieran cumplido los dieciocho años de edad son titulares de los derechos políticos que establecen la Constitución y las leyes reglamentarias, conforme a sus prescripciones. Así lo dispone la ley 346, añadiendo que no podrán ejercer los derechos políticos quienes se naturalizan en un país extranjero; los que aceptan empleos u honores de gobierno extranjeros sin permiso del Congreso; los quebrados fraudulentos y los sancionados con sentencias condenatorias que impongan penas infamantes o de muerte.

Consideramos que la pérdida de los derechos políticos debe ser dispuesta por el juez federal en el marco de un proceso legal. Si es

notorio el cese de la causal inhabilitante, la rehabilitación del ejercicio de la ciudadanía la decreta de oficio el juez electoral y, de lo contrario, a petición del interesado acreditando aquella circunstancia (art. 9°).

La nacionalidad por naturalización es esencialmente voluntaria. Solamente se otorga a pedido del interesado (art. 20 C.N.), quien además es libre de prestar o no el servicio militar por el lapso de diez años contados desde el día que obtuvo la nacionalidad (art. 21 C.N.), siempre que tal prestación se imponga obligatoriamente.

## 297. DERECHO ELECTORAL Y SISTEMA ELECTORAL

El derecho electoral es una rama del derecho público que está integrada por el conjunto de normas jurídicas que regulan el sistema electoral aplicable para la designación de los gobernantes y las condiciones que deben reunir las personas para participar en el curso del proceso electoral, ya sea para formar parte del cuerpo electoral o para ser elegidas en ciertos cargos gubernamentales.

Las disposiciones fundamentales en materia electoral están contenidas en los arts. 16, 33, 37, 38, 44, 45, 48, 54, 55, 89, 94 y 99 inc. 4°, y 19 de la Constitución Nacional y sus disposiciones transitorias Segunda, Cuarta, Quinta, Novena y Decimotercera.

Pueden ser objeto de reglamentación legislativa, aunque cuidando de no alterar o desnaturalizar los principios y el espíritu de la Ley Fundamental.

El derecho político del voto, acto por el cual se pasa a formar parte del cuerpo electoral, está expresamente enunciado en el art. 37 de la Constitución bajo la denominación de sufragio. Además, su reconocimiento se impone atendiendo a la forma republicana de gobierno que adopta la Ley Fundamental (art. 1° C.N.) y a la potestad asignada al pueblo para elegir a sus representantes gubernamentales (arts. 33, 44 y 94 C.N.).

En cuanto a las condiciones que debe reunir una persona para ser elegida en un cargo público, la Constitución establece:

- 1) El requisito de la idoneidad (art. 16), sobre el cual solamente se puede expedir el electorado en los comicios. No compartimos el criterio que reconoce, a los jueces electorales o a las cámaras del Congreso, la potestad de valorar la idoneidad ética de los candidatos subrogándose en los derechos del pueblo elector. Solución que, por otra parte, colisiona abiertamen-

te con el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dispone, de manera categórica, que la reglamentación de los derechos políticos sólo es viable por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en un proceso penal (964). Tampoco se compadece con la cláusula del art. 37 de la Constitución que garantiza el ejercicio de los derechos políticos con arreglo al principio de la soberanía popular.

- 2) Para ser diputado se requiere haber cumplido veinticinco años de edad, 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).
- 3) Para ser elegido senador se requiere 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).
- 4) Para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación se requiere ser argentino nativo o por opción y cumplir con las demás calidades exigidas para ser electo senador (art. 89).
- 5) Para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia se requiere ser abogado de la Nación, haber ejercido la abogacía durante ocho años y tener las calidades requeridas para ser senador (art. 111).
- 6) Para ser designado juez en un cargo de jerarquía inferior al de la Corte Suprema de Justicia, se deben cumplir los recaudos que establece la legislación reglamentaria.

El requisito de la edad mínima, en el caso de los diputados nacionales, se debe cumplir cuando el candidato electo se incorpora a la cámara. En cambio, tratándose de senadores nacionales, la edad de treinta años se exige al momento de la elección, o en el acto del nombramiento en el caso de los jueces de la Corte Suprema de Justicia.

La interpretación del requisito de la residencia, exigible a los diputados, senadores, jueces de la Corte Suprema de Justicia, si son

---

(964) En el caso "*Partido Nuevo Distrito Corrientes*", resuelto el 23 de noviembre de 2003 por la Cámara Nacional Electoral, se aceptó la impugnación formulada contra la oficialización de la candidatura a senador nacional, de Raúl Romero Feris, porque registraba sentencias penales condenatorias que, sin embargo, no estaban firmes. Consideró que tales condenas revelaban que el candidato no satisfacía el requisito de idoneidad del art. 16 de la Constitución Nacional.

argentinos naturalizados o por opción, y para el presidente si es argentino por opción, debe ser flexible. La residencia no equivale al domicilio real ni al domicilio legal o electoral. El requisito de la residencia apunta a cierta conexión física relativa, y no permanente o efectiva, con el distrito electoral o con el territorio del país, según sea el caso. Tal fue el criterio adoptado por la minoría de la Corte Suprema de Justicia en el caso "*Acción Chaqueña*" (965), al dejar sin efecto la sentencia que le impedía a José Ruiz Palacios ser candidato a gobernador provincial porque no había acreditado tener su domicilio en el Chaco durante los cinco años anteriores a los comicios. Si bien Ruiz Palacios, durante parte de ese lapso, había tenido su domicilio electoral en la ciudad de Buenos Aires, lo cierto es que su presencia en la provincia había sido frecuente. No sólo por haber sido el fundador del partido Acción Chaqueña con una anterioridad holgadamente superior a la de cinco años, sino también por haber revestido el cargo de intendente de la capital provincial. La confirmación de la sentencia por la mayoría obedeció a que se trataba de una cuestión de derecho público provincial resuelta conforme a la apreciación realizada de los hechos y pruebas producidas, que no era de competencia del Alto Tribunal.

Las bases constitucionales del sistema electoral argentino son las siguientes:

- 1) Los diputados son elegidos directamente por el pueblo de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires que, a tal fin, se consideran como distritos electorales de un solo Estado y por simple pluralidad de sufragios (art. 45).
- 2) Los senadores son elegidos directamente por el pueblo de cada provincia y la Ciudad de Buenos Aires. De las tres bancas que representan a cada distrito, dos son cubiertas por los candidatos del partido político que obtenga mayor número de votos y la restante por el candidato de la agrupación partidaria que lo siga en número de votos (art. 54). Esta modalidad electoral de carácter definitivo rige a partir del año 2001. Hasta ese momento, se aplicaba el procedimiento previsto en la Disposición Transitoria Cuarta.
- 3) El presidente y vicepresidente de la Nación son elegidos en forma directa por los ciudadanos, a cuyo efecto todo el territorio de la Nación conformará un distrito único. Serán elegidos los integrantes de la fórmula que obtengan más del 45% de los votos válidos emitidos o, en su defecto, que obtengan al

menos el 40% de esos votos con una diferencia de más del 10% sobre la fórmula que la siga en número de votos. Si no se alcanzan esas mayorías se realizará una segunda elección con la participación de las dos fórmulas más votadas en el curso de la primera (arts. 94, 96, 97 y 98).

- 4) Los jueces de la Corte Suprema de Justicia son nombrados por el presidente de la Nación con acuerdo de los dos tercios de los miembros presentes del Senado (art. 99, inc. 4°).
- 5) Los jueces inferiores son nombrados por el presidente de la Nación con acuerdo de la mayoría de los miembros presentes del Senado. Pero el candidato propuesto por el primero debe figurar en la terna que le presente el Consejo de la Magistratura (art. 99, inc. 4°). Tanto en este caso como en el anterior el presidente de la Nación puede efectuar nombramientos en comisión durante el receso del Congreso (art. 99, inc. 19).

Las condiciones constitucionales no pueden ser ampliadas por el legislador. Solamente puede establecer inhabilidades basadas sobre las cláusulas de la Ley Fundamental, o por razones de capacidad mental o por mediar una condena en proceso penal dispuesta por juez competente (966).

## 298. CONCEPTO DE SOBERANÍA POPULAR

En su primera parte, el art. 37 establece que la Ley Fundamental garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia.

Se trata de una garantía constitucional aplicable a la amplia gama de derechos políticos que ella reconoce, de manera expresa o implícita.

Pero esa garantía se otorga con sujeción al principio de la soberanía popular y a las leyes reglamentarias.

Como ninguno de los derechos reconocidos por la Constitución reviste carácter absoluto, ese principio se extiende a los derechos políticos, cuyo ejercicio debe ser regulado por la legislación reglamentaria que posibilita la relación armónica entre todas las libertades del hombre. Claro está que esa legislación no puede superar los

---

(966) Conf. art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

límites establecidos por el art. 28 de la Ley Fundamental que vedan la prohibición o desnaturalización del derecho correspondiente.

La Constitución, además de las leyes reglamentarias, también se refiere al "*principio de la soberanía popular*" con arreglo al cual deben ser ejercidos los derechos políticos sobre soberanía.

El vocablo soberanía está incorporado en forma expresa a tres cláusulas constitucionales. El art. 33 dispone que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no podrán ser entendidas como la 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 art. 37 dispone que la Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al "*principio de la soberanía popular*" y de las leyes que se dicten en su consecuencia.

La primera Disposición Transitoria establece que "*la Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía*" sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur, Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser partes integrantes del territorio nacional.

En otras cláusulas de la Constitución, sin utilizar el vocablo soberanía, se desarrollan aspectos propios de su significado. Así, el art. 22, ratificando la forma representativa de gobierno a la cual alude el art. 1º, dispone que el pueblo gobierna y delibera por medio de sus representantes y autoridades constitucionales, con la salvedad contemplada en los arts. 39 y 40 para el derecho de iniciativa y la consulta popular vinculante.

El art. 27 establece que los tratados internacionales que celebre el Gobierno federal deben ser conformes con los principios de derecho público establecidos en la Constitución.

El art. 29 prohíbe al Congreso conceder al órgano ejecutivo nacional facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarle sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna.

La doctrina de la soberanía, su caracterización y efectos, ha sido objeto de una intensa polémica en el ámbito del derecho público (967).

Pero, como bien destaca Linares Quintana (1968), la generalidad de las teorías que se han expuesto acerca de la soberanía son el resultado de una política agonal predeterminada, muchas veces dogmáticas, al margen del análisis científico de los hechos, y casi siempre influidas por razonamientos y prejuicios ideológicos o de intereses políticos circunstanciales, desde que sobre la base de dichas doctrinas se ha procurado elaborar el concepto de la legitimidad del poder para justificar su conquista o la permanencia de un grupo social en su ejercicio.

Consecuencia de las variaciones que se operan en esa idea política dominante, es lo que se ha denominado la "*crisis del concepto de soberanía*" con motivo del desarrollo experimentado, en el curso del siglo actual, de las organizaciones internacionales que agrupan a Estados soberanos con el propósito de avalar una convivencia pacífica entre las naciones y salvaguardar las libertades del hombre quien es, en definitiva, el artífice del Estado y destinatario de sus fines personalistas.

Es así, que frente al llamado concepto clásico del poder soberano estatal, se alzan teorías que propician limitar, reducir, su magnitud mediante transferencias totales o parciales de competencias nacionales en beneficio de organizaciones supraestatales de carácter económico o político. Todo ello mediante un proceso de integración internacional o asignando, a las normas de los tratados internacionales, un rango superior o equivalente al de las constituciones locales.

Se trata de un movimiento doctrinario que no está satisfecho con los logros alcanzados en salvaguarda de la libertad y dignidad del hombre dentro del marco tradicional de la conformación estatal. Es que, muchas veces, la estructura estatal ha sido un medio eficiente para concretar las aberraciones más escandalosas en detrimento de la dignidad humana.

De todos modos, y sin perjuicio de rescatar el propósito loable que inspira a semejante concepción, no podemos incurrir en el error de imputar a la estructura estatal la responsabilidad por aquellas atrocidades porque, en definitiva, su autor ha sido el hombre apartándose de los fines personalistas de una sociedad. La modificación de las estructuras organizativas del poder soberano es un camino estéril si está desprovisto de la previa, o simultánea, educación del hombre para vivir en libertad.

---

(1968) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, p. 133, ob. cit.

Científicamente, las menciones de los arts. 33 y 37 son incorrectas. La soberanía es una cualidad del poder político cuyo titular es un Estado independiente. El pueblo no es soberano, sino que lo es el Estado. Pero el titular de ese poder, a los fines de su ejercicio, es el pueblo que lo materializa por intermedio de sus gobernantes en un sistema representativo de gobierno como el que establece el art. 1° de la Ley Fundamental.

Pero ya hemos visto que en la interpretación de las palabras constitucionales debe prevalecer el significado vulgar y no el científico. Y, en esta acepción, soberanía popular equivale a soberanía del pueblo concebido como titular de la totalidad de los poderes políticos bajo cuyo ejercicio se desarrolla la vida política y social de una comunidad.

No son los gobernantes los titulares de ese poder. Ellos son simples mandatarios del pueblo que les encomienda el ejercicio de un poder irrenunciable.

## 299. CONCEPTO DE SISTEMA ELECTORAL

Establecer la naturaleza y los objetivos del sistema electoral constituye la solución para un problema complejo que, en cada caso concreto, nos permitirá conocer el grado de participación política (969), su índice de representación y la idea política sobre la cual se asienta la estructura política.

El carácter dinámico de la vida social, los cambios permanentes que se operan en las ideas y valores como consecuencia del comportamiento de los hombres, hacen que el análisis del sistema electoral no esté agotado. Por el contrario, su consideración y la descripción de los fenómenos políticos resultantes de su funcionamiento imponen al investigador la necesidad de extremar su prudencia, ajustándose a un criterio esencialmente realista, guiado por un enfoque integral y fundado en la concepción histórica resultante de la aplicación de innumerables técnicas y procedimientos electorales que integran la esencia de la política (970).

Semejante tema de investigación, por su envergadura y proyección sobre el conjunto de los fenómenos políticos, reviste funda-

---

(969) ARTEMIO MELO, *Compendio de Ciencia Política*, t. II, p. 216, Editorial Depalma, Buenos Aires 1983.

(970) MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA, *Los regímenes políticos contemporáneos*, p. 32, Editorial Tecnos, Madrid 1983.



mental importancia dentro del campo de estudio de la ciencia política, caracterizada como la ciencia soberana entre las ciencias de las cuales se nutre para consolidarlas a través de una vía integrativa de manifestación.

Aristóteles, considerado el fundador de la Ciencia Política, destacaba que *"el bien se deriva de la ciencia soberana, de la ciencia más fundamental de todas, y ésta es precisamente la Ciencia Política"*, agregando que *"como ella se sirve de todas las demás ciencias prácticas y prescribe también en nombre de la ley lo que se debe hacer y lo que se debe evitar, también podría decirse que su fin abraza los fines diversos de todas las demás ciencias y, por consiguiente, el de la política será el verdadero bien, el bien supremo del hombre"* (971).

La necesidad de acudir a los enfoques metodológicos resultantes de la ciencia política se impone, así como también el rechazo de la pureza metodológica que solamente puede ofrecer una visión parcial e incompleta del fenómeno (972). Ello obedece a que el estudio del sistema electoral no puede ser aislado de los elementos culturales básicos y de su gravitación sobre la vida política, de los caracteres del sistema político donde se aplica, de las instituciones que lo integran, del contenido de la idea política dominante, del comportamiento político de la comunidad, de la influencia que ejercen los líderes y dirigentes en el curso del proceso político, así como tampoco de la finalidad humanista o transpersonalista asignada a la sociedad global. En definitiva, la integración metodológica es el presupuesto necesario para ofrecer una visión integral del fenómeno electoral (973).

En efecto, si bien es cierto que el estudio del sistema electoral puede revestir un carácter puramente formal y jurídico, tal enfoque será incompleto si pretendemos abarcar el contenido del comportamiento electoral frente a un acto político concreto, por cuanto nos brindará una visión parcial, limitada y estrecha de los fenómenos que lo componen.

En cambio, si extendemos ese análisis al proceso político global, esencialmente dinámico, y lo relacionamos con las fuerzas, factores, ideas, doctrinas y demás elementos que forjan su desarrollo, el resultado será altamente satisfactorio. Es preferible no limitar la in-

---

(971) ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, Obras Completas, libro I, cap. I, p. 28, Editorial Anaconda, Buenos Aires 1947.

(972) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. II, p. 390, ob. cit.

(973) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La Nueva Ciencia Política y Constitucional*, p. 97, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1969.

vestigación encuadrando el estudio en el marco formado por las diversas normas jurídicas que han consagrado múltiples sistemas electorales, sin perjuicio de rescatar la conveniencia de su análisis como un aspecto parcial y complementario.

Pero agotar la unidad de análisis en el derecho positivo electoral importa desconectarlo de aquellos elementos de hecho que complementan la realidad política y que, frecuentemente, son las causas que dan origen a esas normas. Creemos que el único camino metodológico capaz de conducir a la posesión de una visión integral sobre la esencia y finalidad del sistema electoral es el que conjuga la teoría con la práctica electoral mediante la descripción objetiva de esta última.

Aceptando que la organización electoral es el fundamento de toda la organización política (974), el análisis histórico de las diversas sociedades dotadas de esa organización, merezcan o no la denominación de Estado, revela que en su interior siempre estuvo vigente algún sistema electoral.

En todo tipo de organización política global siempre existió algún procedimiento destinado a ofrecer una solución a dos problemas fundamentales que entroncan con la esencia de la propia organización:

- 1) ¿Quién designa a los gobernantes?
- 2) ¿Cómo son designados los gobernantes?

Sobre tal base, podemos definir al sistema electoral como el procedimiento que se aplica en toda organización política global para designar a los gobernantes y establecer los mecanismos que regulan el acceso al poder, cuyo contenido estará integrado por aquellos elementos que, en cada caso concreto, aporte la idea política dominante.

El contenido del sistema electoral, así como las técnicas utilizadas para materializarlo, fueron muchas veces rudimentarios y elementales si los comparamos con los valores e ideas políticas imperantes en la actualidad. Así, tanto el voto como el sufragio tuvieron aplicación en el curso del proceso político desde la antigüedad, aunque con frecuencia estuvieron desprovistos de las modalidades y requisitos que tuvieron a partir del siglo XIX.

Sin embargo, la vigencia y aplicación del sistema electoral en todas las sociedades políticas globales permanentes, que no se agota

---

(974) GEORG JELLINEK, *Teoría General del Estado*, p. 479, Ed. Albatros, Buenos Aires 1964.

con el voto y el sufragio, no debe sorprendernos si aceptamos que no es posible la subsistencia de esas entidades sin la compañía de un sistema electoral.

Es cierto que, como consecuencia de un análisis político histórico detallado, limitado en el tiempo y el espacio a alguna sociedad global, será posible advertir la inexistencia de un sistema electoral. Pero tal situación será esencialmente transitoria y no podrá superar el momento en que surja la necesidad de integrar el gobierno. Caso contrario, la organización política estará destinada a desaparecer por su atomización o la absorción de sus elementos, ya que no reunirá todos los presupuestos necesarios que posibilitan, en forma continua, organizar y exteriorizar el ejercicio del poder político. Sin sistema electoral no habrá gobierno, y sin gobierno no habrá manifestación orgánica del poder dentro de una organización política global.

La presencia de una sociedad global dotada de organización política, por más primitiva que ella sea, estará acompañada por un sistema electoral que, en último término, integra los fundamentos de tal organización y se nutre de las concepciones políticas que sustentan al sistema político mediante una idea genéricamente compartida por los grupos sociales, que les sirve de guía para determinar el contenido de sus conductas (975). No nos interesa saber si el procedimiento electoral estuvo inspirado por una concepción teocrática, por el azar, la fuerza, la voluntad de un cuerpo electoral amplio o restringido, o por la decisión política emanada de una personalidad dominante. No nos interesa si las técnicas electorales fueron determinadas por el sufragio revestido con las modalidades democráticas, por la voluntad divina, por la voluntad de un líder o por las leyes de la herencia. Ello es así por cuanto lo esencial a los fines de la organización política global y su permanencia es el procedimiento y no su contenido técnico o ideológico.

La relación que se expresa entre el sistema electoral y la organización política es constante y está sometida al dinamismo que caracteriza a la vida política. El sistema electoral nace cuando comienza la vida política organizada de los pueblos, pero su contenido varía constantemente, siguiendo las modificaciones que se producen en los valores e ideas en que se cimienta aquella.

En toda sociedad organizada políticamente, y actualmente en todo Estado, se acude a un sistema electoral procurando encontrar una respuesta a las preguntas referentes a quién designa a los go-

---

(975) KARL W. DEUTSCH, *Política y Gobierno*, p. 22, Fondo de Cultura Económica, Madrid 1976.

bernantes y a cómo son designados los mismos. Su contenido nos permitirá conocer la técnica electoral empleada para la designación de los gobernantes y a quién o a quiénes se les asigna la misión de seleccionar a estos últimos. Tales interrogantes son resueltos mediante la aplicación de un sistema que, ajustándose a los requerimientos provenientes de la idea política dominante, consolida la organización de una sociedad regulando un aspecto del ejercicio del poder político en su ámbito.

En síntesis, lo necesario para la vida de una organización política global es el sistema electoral, con prescindencia de su contenido ideológico. Así lo revela la experiencia histórica resultante de la aplicación de múltiples técnicas electorales, que culmina, en las democracias constitucionales modernas, con la vigencia de un procedimiento con el cual se pretenden integrar los roles del gobierno con las personas más capacitadas a criterio de los propios gobernados, que además participan, directa o indirectamente y en un marco de libertad, como protagonistas de un proceso fundamental: el de la adopción de las decisiones políticas.

### 300. TÉCNICA ELECTORAL

Si bien la finalidad de las técnicas electorales contemporáneas es similar a las que tuvieron aquellas que se aplicaron en el seno de las organizaciones políticas anteriores al Estado moderno, su contenido ha variado sustancialmente. Así, las técnicas que se aplican actualmente tienen su origen en las primitivas organizaciones políticas, habiendo adquirido paulatinamente una serie de modalidades que le otorgan una dimensión diferente. Ya no se limitan a ser las herramientas destinadas a integrar el gobierno, sino que además son los medios para hacer efectiva la participación del pueblo, directa o indirectamente, en el proceso político.

Las modalidades básicas que presentan las técnicas electorales modernas son las siguientes:

- 1) Ampliación del cuerpo electoral, mediante la concesión del derecho de voto a sectores sociales que estuvieron marginados políticamente (976). Las limitaciones impuestas por

---

(976) Durante el siglo XIV, en Francia, para la elección de representantes a los Estados Generales, participaban todos los habitantes del distrito respectivo sin distinción de sexo, aunque con posterioridad el derecho al voto comenzó a sufrir restricciones que desaparecieron parcialmente en 1793, cuan-

razones de edad, sexo, nacionalidad, residencia, propiedad, educación, han sido suprimidas o considerablemente atenuadas.

- 2) La racionalidad constituye la guía para modelar las técnicas electorales, con prescindencia de los elementos fortuitos, religiosos o de fuerza que pudieron haber determinado sus contenidos.
- 3) Aplicación de garantías efectivas para encuadrar el proceso electoral en un marco de libertad. La designación de los gobernantes, la participación del pueblo en el proceso político y el control de los actos de los gobernantes por los gobernados, requieren de una dosis elevada de libertad para evitar que en la práctica política resulten desnaturalizados los objetivos de una idea política dominante de raíz democrática. Si bien es cierto que aquellas garantías han reducido considerablemente el fraude y las prácticas desleales, resulta curioso advertir la lenidad con que los Estados reprimen los delitos contra la voluntad del pueblo, en contraste con el criterio imperante en la antigüedad griega, que castigaba con la muerte a los delitos contra la voluntad de los ciudadanos (977).
- 4) Legitimación de los gobernantes sobre la base de principios electorales cuantitativos, que presupone una relativa capacidad del cuerpo electoral para ejercer el sufragio con moralidad y responsabilidad. Esa capacitación del cuerpo electoral reduce los riesgos resultantes de la aplicación arbitraria de los principios mayoritarios, que suele conducir a la designación de gobernantes ineptos para dirigir los destinos de un

---

do se consagró el voto universal, que recién tuvo aplicación efectiva en 1848. En el ínterin, el derecho al voto quedó supeditado al sistema censitario. La concesión del derecho al voto de las mujeres tiene su antecedente más lejano en el Estado de Wyoming (1869), generalizándose su reconocimiento en el siglo XX, tal como aconteció en la Unión Soviética (1918), Estados Unidos (1920), Alemania (1919), Inglaterra (1918), Francia (1944). La facultad otorgada a los jóvenes para integrar el cuerpo electoral fue ampliada durante el siglo XX, reduciéndose el límite de edad que, del tope de veinticinco años, tiende a concentrarse en los dieciocho años. En cuanto a las causales de desconocimiento del derecho de votar por razones de indignidad, se limitan a los autores de delitos comunes, con exclusión de los tipos políticos. Ello no obsta a que se presenciaron excepciones aisladas, como las establecidas por las constituciones de la Unión Soviética de 1918 y 1924, que negaban el voto a los sacerdotes, hacendados y ex funcionarios del régimen zarista.

(977) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t VII, p. 22, ob. cit.

país, sin perjuicio de su eventual habilidad para afrontar el proceso de la conquista del poder (978).

Estas características no son definitivas. El dinamismo de la vida humana genera una transformación constante de valores e ideas que responden a las nuevas e inagotables necesidades sociales. Ello permite descartar la subsistencia permanente de las estructuras electorales modernas y afirmar, para el futuro, la vigencia de nuevos contenidos y modalidades que depararán a las actuales una consideración ilustrativa y pintoresca.

Con acierto, destaca Mayer que *"suponer que el funcionamiento de las sociedades anónimas es la última palabra de la ciencia económica, y la ley Sáenz Peña la palabra definitiva de la ciencia política, es hacer gala de una ceguera que puede resultar muy dolorosa"* (979).

### 301. CUERPO ELECTORAL

Una de las características que tipifican a los actuales sistemas electorales consiste en el funcionamiento de un órgano que, asumiendo la representación de los gobernados, procede a designar a los gobernantes. Así, la respuesta a la pregunta sobre quién designa a los gobernantes no dependerá de principios religiosos, hereditarios o de la voluntad de un individuo o grupo social, sino de una idea política dominante que atribuye aquella función, en principio, a todo el pueblo.

Si nos ajustamos al rigor científico, el pueblo como unidad global no es sinónimo de cuerpo electoral. Solamente algunos, o muchos, de los componentes del pueblo o de la comunidad política participan en el cuerpo electoral. Una porción de los gobernados, integrando el cuerpo electoral, ejerce la función por cuyo intermedio se conforman los órganos representativos del Estado.

Aquí advertimos un fenómeno de doble representación. Por una parte, una porción del pueblo, como titular del poder, por razones prácticas y de eficiencia no lo ejerce en forma directa (980), sino que atribuye tal función a un grupo de personas que integran el gobierno. Por otra parte, quienes hacen efectiva esa atribución, integrando

(978) JORGE M. MAYER, *Cambios y crisis, dos constantes históricas*, p. 221, Anales de la Academia Nacional de Derecho, N° 12, Buenos Aires 1973.

(979) JORGE M. MAYER, *Cambios y crisis, dos constantes históricas*, p. 215, ob. cit.

(980) ARTEMIO MELO, *Compendio de Ciencia Política*, t II, p. 231, ob. cit.

el cuerpo electoral, representan a su vez a todos los miembros de la comunidad política que, voluntariamente o por disposición de la legislación electoral, no forman parte de ese cuerpo. Así, el cuerpo electoral representa directamente a la comunidad política, y los gobernantes representan en forma inmediata al cuerpo electoral y, de manera mediata, a la comunidad política.

El cuerpo electoral está compuesto por el conjunto de personas a las cuales se les reconoce el derecho de voto y que, efectivamente, ejercen ese derecho designando a los gobernantes por medio del sufragio.

Como fuerza política se caracteriza por ser neutra, en el sentido de estar desprovista de una ideología o finalidad política que, en cambio, sí se advierte en las restantes fuerzas políticas. Además, no es espontánea sino orgánica, ya que su composición y funcionamiento está reglado por la ley (981).

Los individuos, al ejecutar el acto del voto, pasan a formar parte del cuerpo electoral que, mediante el ejercicio del sufragio, designa a los gobernantes. Por su parte, esos gobernantes, que no han sido elegidos por individuos aislados sino por un cuerpo, ejercen la representación de este último, así como también la de aquellos sectores de la comunidad que no integran el cuerpo electoral pero que, a su vez, están representados por el mismo.

Puede haber unidad o pluralidad de cuerpos electorales, ya que su integración se vincula con el ámbito espacial de representatividad del cuerpo. Puede haber un sólo cuerpo electoral o pueden coexistir varios (982). Cuando hay pluralidad de cuerpos electorales, su distribución se practica, generalmente, sobre una base territorial, aunque también puede conectarse con fundamentación de intereses, profesional o de modo mixto (983).

La técnica de representación sobre la cual se desenvuelve el funcionamiento de los cuerpos electorales en las sociedades políticas modernas ha sido considerado como uno de los instrumentos más importantes utilizados en el curso del desarrollo político de la humanidad (984). Conforme a ella, el cuerpo electoral no se limita a

---

(981) GEORGES BURDEAU, *Método de la Ciencia Política*, p. 48, Ed. Depalma, Buenos Aires 1964.

(982) En el régimen electoral de la Constitución Nacional hay pluralidad de cuerpos electorales para la elección de diputados y senadores, y unidad para la elección presidencial.

(983) La base profesional corporativa se advertía en el sistema electoral establecido en Yugoslavia por la Constitución de 1963.

(984) KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 60, ob. cit.

designar a los gobernantes, sino que además les atribuye la representación de la comunidad política, con la consiguiente responsabilidad y obligación de rendir cuenta de sus actos.

Esta representación no equivale a la representación jurídica, sino que es de naturaleza esencialmente política (985). Ella no traduce mandatos individuales o de ciertos grupos sociales orgánicos, sino una representación de carácter global emanada del cuerpo electoral, en el cual se sintetizan y convergen los múltiples intereses y necesidades de la comunidad.

### 302. REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y REPRESENTACIÓN FUNCIONAL

La representación resultante de un proceso electoral puede ser política o funcional.

En la representación política la autoridad de los gobernantes emana en forma integral y genérica de toda la sociedad, con prescindencia de los intereses particulares de los grupos sociales que la componen. En el cuerpo electoral se integran todos los sectores de la sociedad que, al incorporarse al mismo, quedan desprovistos de su carácter sectorial a través de una fusión de los intereses particulares que desemboca en la expresión de un interés general y colectivo: el bien común.

En la representación funcional se procura reflejar en la composición gubernamental a los diversos sectores que integran la estructura socioeconómica (986), los cuales conservan su carácter representativo de los grupos intermedios.

Esta especie de representación puede expresarse en consejos económico sociales con poder decisorio, en el corporativismo (987), o en una de las cámaras legislativas de un sistema bicameral o multicameral (988).

---

(985) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t II, p. 142, ob. cit.

(986) MARIO JUSTO LÓPEZ, *Introducción a los Estudios Políticos*, t II, p. 392, Editorial Kapelusz, Buenos Aires 1971.

(987) Régimen del Consejo Nacional de Corporaciones establecido en Italia en 1934.

(988) Constituciones de Portugal de 1933 y de Yugoslavia de 1953. La Constitución de 1819 de las Provincias Unidas integraba el senado con: senadores provinciales, tres senadores militares, un Obispo, tres eclesiásticos, un senador por cada Universidad y el Director del Estado al concluir su gestión (art. 10).



Pero en todos los casos se procura preservar la manifestación de los grupos intermedios en el órgano gubernamental que será el encargado de exponer la voluntad política del Estado. Esta técnica responde a una concepción política determinada, a la luz de la cual todos los intentos por implantar la responsabilidad funcional en el siglo XX *"han conducido a la perduración de una autocracia, sea de clase, de raza, de partido, de caudillo o de cualquier otra base de sustentación igualmente caracterizada por la falta de libertad política"* (989).

El mayor inconveniente que presenta la representación funcional reside en armonizar los intereses sectoriales en función del bien común. Los sectores representativos de los diversos intereses procuran priorizar la satisfacción de ellos utilizando las herramientas gubernamentales puestas a su disposición con el consecuente riesgo de provocar fisuras en la sociedad y enfrentamientos entre los diversos grupos sociales. Se produce una suerte de atomización en la política gubernamental que impide el desarrollo de una línea relativamente uniforme y acorde con el bien común.

Tales inconvenientes solamente se pueden presentar en un sistema democrático constitucional, pero no en los regímenes autocráticos donde la libertad sectorial es tan sólo aparente quedando subordinada a la finalidad transpersonalista del sistema. Tal circunstancia explica por qué las formas de representación funcional fueron nominalmente estructuradas bajo la vigencia de gobiernos autoritarios.

La representación política, que es global y colectiva, origina el mandato representativo y libre (990), conforme al cual los gobernantes asumen la representación de todos los sectores sociales concebidos como una unidad, sin estar sujetos a las instrucciones particulares de sus electores. Este es el sistema que impone el art. 22 de la Constitución al disponer que el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Ley Fundamental.

Esta concepción se opone a la del mandato imperativo donde, el mandatario, debe adecuar su conducta a las órdenes e instrucciones que le imparta su elector pudiendo, caso contrario, ser removido de su cargo. El mandato imperativo, *"corresponde a otra época y a otra*

---

(989) JORGE R. VANOSSI, *El Misterio de la Representación Política*, p. 83, Ediciones América Actual, Buenos Aires 1972.

(990) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t II. p. 143, ob. cit.

*realidad: configura el tipo de representación estamental de la Edad Media*" (991).

La representación política, como sistema de representación colectiva con la cual se armonizan los intereses sectoriales en función del bien común, puede ser desvirtuada por la partidocracia (992). Tal es lo que acontece cuando se opera la estratificación de los partidos políticos bajo el amparo de una legislación que le otorga el monopolio en la postulación de candidatos, la titularidad de las bancas legislativas y una estructuración interna que no se compadece con los principios republicanos y democráticos.

### 303. EL CUERPO ELECTORAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

La composición del cuerpo electoral está determinada por las normas reglamentarias de la Constitución Nacional. La ley 19.945 y sus normas modificatorias establecen el Código Electoral Nacional, en el cual se fijan las condiciones positivas y negativas que deben reunir las personas para ejercer el acto del voto y, consecuentemente, integrar el cuerpo electoral.

Como regla general, pueden formar parte del cuerpo electoral todos los ciudadanos, sin distinción de sexo, ya sean nativos, por opción o naturalizados (art. 1º). Ello importa asignarle al voto carácter universal, pero no absoluto, ya que la ley establece una serie de impedimentos que excluyen del cuerpo electoral a quienes están comprendidos en las causales de inmadurez, indignidad o incapacidad política.

Los impedimentos provenientes de la inmadurez son:

- 1) Edad. No pueden integrar el cuerpo electoral las personas que no tengan 18 años de edad cumplidos al momento del acto electoral (art. 1º). La ley presume que a partir de esa edad los individuos gozan de la aptitud suficiente para decidir sobre el destino político de la Nación con prescindencia del grado de capacidad civil que les atribuya la legislación específica. Además de tener esa edad, deben estar incorporados al registro o padrón electoral. Si bien la legislación electoral argentina está enrolada en la tendencia universal que reconoce el voto a quie-

(991) MARIO JUSTO LÓPEZ, *Introducción a los Estudios Políticos*, t II, p. 374, ob. cit.

(992) DARDO PÉREZ GUILHOU, *Representación y participación política*, p. 27, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires 2000.

nes cumplieron 18 años de edad, su escala de valores no es congruente con la prevista por la legislación civil, que desconoce la aptitud de los menores de 21 años de edad para realizar actos civiles o comerciales de una importancia significativamente inferior a la que tiene el acto de votar.

- 2) Demencia. Tampoco pueden votar los dementes declarados tales en juicio y los que, aunque carezcan de esa declaración, estén recluidos en establecimientos asistenciales (art. 3º, inc. a). El art. 152 bis del Código Civil limita, en ciertos supuestos, la capacidad civil de las personas que se embriagan habitualmente, consumen estupefacientes, tienen disminuidas sus facultades mentales sin padecer enfermedades, o son pródigas en la disposición o administración de sus bienes, pero ninguno de estos impedimentos tiene su correlación lógica en la legislación electoral.
- 3) Sordomudos. La ley electoral (art. 3º, inc. b) excluye a los sordomudos que no sepan hacerse entender por escrito, reproduciendo una limitación equivalente a la contenida en el art. 153 del Código Civil. La causa de este impedimento guarda estrecha relación con las que generan la exclusión de los analfabetos y semianalfabetos, que no están previstas por las normas electorales.

Los individuos que están excluidos del cuerpo electoral por razones de indignidad política son:

- 1) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de libertad, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena (art. 3º, inc. e).
- 2) Los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales o provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años, y si son reincidentes por el término de seis años (art. 3º, inc. f).
- 3) Los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble del término de la duración de la sanción (art. 3º, inc. g).
- 4) Los declarados rebeldes en causa penal, hasta el cese de la rebeldía o se opere la prescripción (art. 3º, inc. i).
- 5) Las personas que realicen contribuciones o donaciones anónimas a los partidos políticos, los afiliados que soliciten o reciban esas contribuciones o donaciones, los empleados y empleadores que requieran contribuciones para los partidos políticos de sus inferiores jerárquicos o empleados, las personas que utilicen fondos de un partido político para influir

en las nominaciones de una elección partidaria interna (art. 3°, inc. l).

- 6) Las personas que están inhabilitadas para el ejercicio de los derechos políticos, conforme a otras prescripciones legales y reglamentarias (art. 3°, inc. m).

Los impedimentos derivados de la incapacidad política son:

- 1) La nacionalidad. En el orden nacional, el cuerpo electoral se compone solamente con aquellas personas que tienen la nacionalidad argentina, ya sean nativos, por opción o naturalizados, quedando excluidos los extranjeros (art. 1°).
- 2) Registro. Los ciudadanos que no figuran inscriptos en el padrón electoral definitivo, cuya impresión concluye treinta días antes del acto electoral (art. 2°).

Siguiendo las prácticas electorales que se registran en algunos países, la ley 24.007 reglamentada por el decreto 1138/93, permite el voto en el extranjero de los argentinos que residen de manera efectiva y permanente fuera del territorio de la Nación. Para ello se deben inscribir en el Registro de Electores Residentes en el Exterior, acudiendo a las representaciones diplomáticas o consulares de su país de residencia. Asimismo deberán acreditar cuál fue su último domicilio en la República Argentina para ser incorporados al padrón electoral que corresponda al distrito donde se adjudicarán los votos emitidos. De no poder acreditar ese domicilio, se considerará como tal el del lugar de su nacimiento en el país y, en el caso de los argentinos por opción, el último domicilio de los padres.

Los votos emitidos se remiten a la Junta Electoral Nacional del distrito correspondiente. En este caso no es obligatoria la inscripción en el Registro ni la emisión del voto.

### 304. SITUACIÓN DE LOS DETENIDOS Y NO CONDENADOS

En su texto originario, la ley 19.945 contenía otros impedimentos. Alcanzaban a los soldados conscriptos de las Fuerzas Armadas y los agentes, gendarmes, marineros o sus equivalentes de las Fuerzas de Seguridad de la Nación y las provincias, así como también a los alumnos de los institutos de reclutamiento de esas fuerzas, tanto en el orden nacional como provincial. Estos impedimentos fueron derogados por la ley 24.904 de 1997.

Otro tanto acontecía con los infractores de las leyes del servicio militar, hasta que cumplieran con el recargo que establecían las nor-

mas vigentes; los que registraban tres sobreseimientos provisionales por delitos que merecían una pena privativa de libertad superior a tres años y por igual plazo a contar desde el último sobreseimiento; los que registraban tres sobreseimientos provisionales por delitos consistentes en sostener, administrar o regentear casas de tolerancia, por el término de cinco años a contar desde el último sobreseimiento; y los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad.

Entendíamos que, si para la ley penal un sobreseimiento provisional, o varios, no importaban tener por acreditada la culpabilidad ni generaban consecuencias legales, no era congruente que la ley electoral tachara de indignos a los eventuales sospechosos cuya participación en un delito no había sido probada. Similar consideración habíamos expresado respecto de las personas detenidas por orden judicial y que no habían sido pasibles de una condena firme. En tales casos, se violaba la garantía de la presunción de inocencia resultante del art. 18 de la Constitución.

Estos impedimentos fueron derogados por la ley 25.858 de 2003 y como consecuencia de las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia en los casos "*Alianza Frente para la Unidad*" (993) y "*Mignone*" (994).

Ambos pronunciamientos se basaron sobre el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dispone que todos los ciudadanos tienen el derecho de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Si bien tales derechos pueden ser reglamentados, la regulación legislativa debe obedecer, exclusivamente, a razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en un proceso penal.

Son excepciones impuestas taxativamente que no pueden ser ampliadas por el Estado, según lo dispone el art. 29, inciso a), de aquella Convención.

En el caso "*Mignone*", la Corte Suprema, al confirmar por unanimidad la sentencia dictada por la Cámara Nacional Electoral, declaró la inconstitucionalidad de la norma del Código Nacional Electoral que negaba el voto a las personas detenidas por orden de juez competente mientras no recuperaran su libertad. La razonabilidad de la

---

(993) Fallos CS 324:3143; LA LEY, 2001-F, 542.

(994) Fallos CS 325:524; LA LEY, 2002-E, 135.

sentencia provenía, no solamente del art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también de una interpretación sistemática de ella y de la propia Constitución federal.

Así, conforme al art. 8º, inc. 2º, de la Convención, toda persona a la cual se le imputa la comisión de un delito disfruta de la presunción de inocencia hasta que no se establezca judicialmente su culpabilidad por sentencia firme. Esa presunción de inocencia impide privarla de sus derechos políticos porque, caso contrario, la detención preventiva tendrá la envergadura de una sanción y, ese acto cautelar de detención, no puede traducirse en una pena anticipada. A igual conclusión se arriba mediante un análisis del art. 18 de la Constitución Nacional y de una interpretación teleológica de su texto.

Por otra parte, se estaría desconociendo el principio de igualdad ante la ley porque, a los procesados detenidos se les negaba una potestad que podían ejercer quienes disfrutaban de una libertad provisoria durante el curso de la causa penal.

Sobre este aspecto, cabe acudir a un precedente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Se trata del caso "*O'Brien v. Skinner*" de 1974 (995). Había sido cuestionada la normativa del Estado de New York porque no preveía la instrumentación de los recaudos necesarios para permitir que pudieran votar las personas que estaban detenidas a la espera de un proceso judicial. La Corte consideró que se vulneraba el principio de igualdad porque esa posibilidad le era reconocida a quienes, teniendo su domicilio en ese Estado, se hallaban transitoriamente detenidos en otro Estado a la espera de la sustanciación del proceso. En tales casos, la ley del Estado de New York permitía que los ausentes emitieran su voto por vía postal (996).

Otra particularidad que tuvo el caso "*Mignone*" es que la Corte, para evitar la dilación en la ejecución de su sentencia instó, tanto al órgano ejecutivo como al Congreso para que, en el plazo de seis meses, procedieran a dictar las normas que permitieran tornar efectivo el derecho reconocido. Su resultado fue la sanción de la ley 25.858.

Consideramos que los fundamentos expuestos en el caso "*Mignone*" son válidos para disponer la inconstitucionalidad del art. 3º, inc. 1), del Código Nacional Electoral que priva de la potestad de votar a los

---

(995) 414 US 524.

(996) Solución similar a la instrumentada, a partir de la ley N° 24.007 y el decreto N° 1138/93 para permitir el voto de los ciudadanos que se encuentran fuera del territorio del país.

declarados rebeldes en una causa penal, hasta que cese la rebeldía o se opere la prescripción. Respecto de ellos, también debe funcionar la garantía de la presunción de inocencia.

Con anterioridad al caso "*Mignone*", la Corte Suprema de Justicia, por decisión unánime de sus miembros, se había pronunciado en forma similar al decidir el caso "*Alianza Frente para la Unidad*". Declaró la invalidez de las normas de la provincia de Corrientes que vedaban a los procesados privados de su libertad ambulatoria, a presentarse como candidatos en los comicios con la expectativa de ser elegidos para desempeñar cargos públicos locales. Sobre la base de la disposición contenida en el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Suprema descalificó a aquellas normas provinciales por no adecuarse al principio de la supremacía constitucional.

### 305. SUFRAGIO

La primera parte del art. 37 de la Constitución establece que "*el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio*".

Incurrir en el error de confundir dos conceptos que definen realidades distintas en un sistema representativo, como son el sufragio y el voto.

El sufragio es una función política ejercida por el cuerpo electoral en el marco de un sistema determinado, mediante el cual se procede a designar a los gobernantes.

El sufragio no es un derecho ni un deber, características que podrán corresponder al acto individual del voto. Se trata de una función política (997) ejercida por una fuerza política orgánica, que es el cuerpo electoral, por cuyo intermedio se integran los órganos gubernamentales que ejercen la representación de la comunidad política.

El sufragio no es sinónimo del sistema electoral. Este último constituye un procedimiento reglado con el propósito de establecer quién designa a los gobernantes y cómo son designados los mismos. En

---

(997) Entre los autores que caracterizan al sufragio como una función política podemos citar a R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, p. 1119, ob. cit.; CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 204, ob. cit.; JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 478, ob. cit.; SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VII, p. 48, ob. cit.

cambio, el sufragio es una función política que se ejerce en el marco de un sistema electoral, por una entidad cuya composición varía en función de la idea política dominante.

En la concepción electoral moderna, el sufragio ocupa una posición preferente. La vigencia de la democracia constitucional no se concibe sin el funcionamiento efectivo del sufragio, acompañado de las garantías que permitan la expresión plena de la libertad política, tanto en los individuos como en los grupos sociales (998).

En una democracia constitucional es necesario que los ciudadanos, identificados con el cuerpo electoral, gobiernen directamente o por medio de sus representantes legítimos. En este último caso, la acción se concreta por los preceptos resultantes de la doctrina de la representación política que impone el sufragio.

Tal representación es una consecuencia de la convivencia humana, la cual, para subsistir en forma organizada, requiere de un núcleo de dirigentes. La convivencia en el marco de un grupo hace necesario un conjunto de dirigentes que regule la actividad de los demás aplicando las normas preestablecidas (999).

Así se comprende que en toda sociedad organizada políticamente exista una minoría a la cual se encomienda la conducción de los asuntos comunes y, simultáneamente, una técnica electoral que la comunidad pone en funcionamiento para seleccionar a la minoría dirigente sobre la base de los principios de razonabilidad y capacidad.

De tal modo, la representación política se hace efectiva por medio del sufragio, y el sistema electoral se ocupa de reglamentarlo fijando las condiciones bajo las cuales algunos de los integrantes de la sociedad política deben o pueden ejecutar un acto político individual —el voto— a fin de integrar el cuerpo electoral, al cual se le encomienda el ejercicio de la función del sufragio.

La importancia asignada al sufragio facilita la comprensión del tratamiento especial que merece todo sistema electoral en la vida política. Basta tener presente que establece una técnica electoral determinada y le brinda su contenido.

Consecuentemente, no se obtendrán los mismos resultados representativos con la aplicación de técnicas diferentes, ya que cada

---

(998) F.S. HAIMAN, *Group leadership and democratic action*, p. 7, Nueva York 1951.

(999) KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 326, ob. cit.



una de ellas promoverá una organización, un régimen e inclusive un sistema político completamente distinto por sus características y por su esencia. Así, el grado de disputa o lucha política que existe en las elecciones, permite distinguir a una sociedad pluralista de una sociedad unánime (1000); a una sociedad donde hay libertad de opinión y de asociación, de otra en la que se desconocen tales derechos sobre la base de una doctrina única y de aceptación obligatoria.

### 306. VOTO

La racionalización del poder político confirma la necesidad impostergable de reconocer a todo ciudadano, naturalmente capacitado, el derecho de participar, en un plano de igualdad, en el proceso electoral, integrando a tal efecto el cuerpo al cual se le asigna la titularidad del sufragio.

Tal necesidad solamente se puede satisfacer estableciendo el voto con las modalidades impuestas por la idea política dominante. Por ello, el ejercicio del voto ya no puede ser limitado a un número reducido o previamente seleccionado con criterio restrictivo de ciudadanos, sino que se extiende a un electorado numeroso.

La idea política dominante impone que nadie puede ser excluido del cuerpo electoral, salvo en los casos excepcionales fijados por razones elementales de inmadurez, indignidad o incapacidad política.

El voto, como acto político individual por el cual los ciudadanos pasan a formar parte del cuerpo electoral, presenta dos características democráticas esenciales —universalidad e igualdad— y dos características circunstanciales —secreto y obligatoriedad— que no hacen a su esencia democrática.

### 307. UNIVERSALIDAD DEL VOTO

Asignar al voto carácter universal significa que no se puede condicionar el ingreso de los ciudadanos al cuerpo electoral por razones físicas, económicas, sociales, raciales o religiosas. Claro está que, el carácter universal del voto, no significa que sea absoluto. Pero dicho carácter universal requiere que los impedimentos que se establez-

---

(1000) ANDRÉ HAURIOU, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, p. 252, Ediciones Ariel, Barcelona 1971.

can a los ciudadanos para votar deben ser determinados por razones elementales de indignidad, inmadurez o incapacidad política.

La universalidad del voto hace referencia a las condiciones que debe reunir una persona para poder integrar el cuerpo electoral, o los impedimentos sobre los cuales se basa su exclusión. Tales impedimentos son generados por tres factores: inmadurez, indignidad e incapacidad política. La mayor o menor intensidad de tales impedimentos nos permite conocer el grado de universalidad del sistema electoral (1001).

Entre los impedimentos que se engloban en el factor inmadurez, se destacan:

- 1) Edad. Todos los sistemas electorales establecen una edad mínima a la cual se condiciona el ejercicio del voto. La justificación de este impedimento reside en la conveniencia de reconocer el ejercicio del voto solamente a aquellas personas que han alcanzado el grado de discernimiento mínimo para evaluar la importancia de los problemas políticos y sus soluciones. La existencia de esa aptitud se presume a partir de la edad que determina la ley. En general se advierte una tendencia hacia la reducción de la edad necesaria para votar a los dieciocho años. Esto contribuye a reforzar el caudal electoral de las agrupaciones políticas fundadas sobre postulados intransigentes y reformistas (1002).
- 2) Sexo. El reconocimiento del ejercicio del voto por las mujeres se generalizó durante el siglo XX, con algunas excepciones (1003), poniendo fin al monopolio de la vida política, concedido tradicionalmente a los hombres. La negativa de tal derecho se fundaba en razones de inmadurez, derivado del escaso interés demostrado por las mujeres en los asuntos políticos y en la estructura legal, rigurosamente jerárquica, que presentaba la familia. La participación de las mujeres en el proceso electoral ha contribuido prácticamente a duplicar la composición del cuerpo electoral, elevando consecuentemente el grado de universalidad del sistema electoral y su representatividad. Asimismo, se advierte que el voto femenino gravita

---

(1001) JEAN BLONDEL, *Introducción al Estudio Comparativo de los Gobiernos*, p. 210, Ed. Revista de Occidente, Madrid 1972.

(1002) ANDRÉ HAURIUO, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, p. 289, ob. cit.

(1003) En Suiza, las mujeres no pueden ejercer el voto en el orden federal y en algunos de sus cantones.

de modo importante en beneficio de las concepciones políticas moderadas y de las personalidades carismáticas (1004).

- 3) Analfabetismo. La importancia política de este impedimento depende del grado de analfabetismo que registra un país. Su vigencia en países donde aquél es elevado reduce considerablemente al cuerpo electoral y el índice de representatividad del sistema electoral, pudiendo ser factor desencadenante de injusticias políticas y sociales. En cambio, en países que tienen un elevado índice de alfabetismo, su aplicación carece de relevancia electoral. En este impedimento se incluye al semianalfabetismo, cuya trascendencia en el orden mundial es mayor. Sin embargo, son contados los sistemas que requieren de los electores una prueba de capacitación intelectual como condición para votar (1005).

Los impedimentos generados por el factor indignidad son aquellos que excluyen del cuerpo electoral a los individuos cuya conducta es calificada como deshonrosa por el sistema político.

Tal es lo que acontece con los autores de ciertos delitos o hechos cuya gravedad está determinada por la naturaleza del acto o por la pena aplicada. En estos casos la inhabilitación puede ser permanente, tener un plazo determinado o determinable en función de la pena. La objetividad de esta causal se advierte en casi todos los sistemas democráticos, aunque puede encubrir verdaderas proscripciones políticas.

Los impedimentos derivados de la incapacidad política tienen un fundamento político que obedece a las imposiciones de los valores e ideas dominantes en la sociedad. Integran esta categoría:

- 1) Nacionalidad. Todos los sistemas electorales exigen que los votantes posean la nacionalidad del Estado en donde se aplican, ya sea originaria o adquirida. Sin embargo, no siempre los sistemas electorales fijaron esta condición para integrar el cuerpo electoral, sino que su aplicación y extensión se generalizó a medida que se fueron consolidando las comunidades

---

(1004) El voto femenino de las mujeres en el orden nacional fue establecido por la ley N° 13.010, sancionada en 1947. En 2003 el cuerpo electoral estuvo integrado por un 56% de mujeres.

(1005) En 1882 se exigía en Italia poseer una instrucción elemental. En algunos Estados norteamericanos, el ejercicio del voto estaba condicionado a la capacitación del individuo para leer y explicar la Constitución en forma elemental. En 1898 la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró la constitucionalidad de las normas que condicionaban el registro de los electores a exámenes de capacitación (*"Williams v. Mississippi"*, 170 US 213).

nacionales. La intensidad de este requisito guarda relación con el carácter cerrado de la comunidad nacional, ya que en algunos sistemas políticos se reconoce a los extranjeros la facultad de votar en las elecciones municipales, atendiendo al carácter autárquico de las comunas que no participan en la formación de la voluntad política nacional.

- 2) Residencia. Casi todos los sistemas electorales requieren que los votantes tengan su domicilio en el lugar donde funciona el colegio electoral, aunque son muy amplias las variaciones en orden a la intensidad de este recaudo. El sistema puede exigir desde una residencia de varios años, hasta la simple residencia en el momento de la emisión del voto, condicionada a la inscripción en el padrón electoral respectivo. A partir de la segunda mitad del siglo XX, en varios Estados se permite votar a sus nacionales que residen en el extranjero (1006).
- 3) Ejercicio de ciertas funciones públicas. Algunos sistemas electorales excluyen a aquellos individuos que ocupan ciertos cargos públicos o ejercen ciertas funciones. Se trata de una limitación funcional y no personal.
- 4) Condiciones económicas. Uno de los impedimentos más antiguos para la integración de los cuerpos electorales es el que subordina el derecho de votar a la posesión de un caudal determinado de bienes, al pago de arancel o de ciertos impuestos. El fundamento de la restricción reside en la idea de que aquellos que más contribuyen al sostenimiento del Estado son los más interesados por su bienestar y progreso. Al margen de su fundamentación doctrinaria, este recaudo puede estar inspirado por políticas discriminatorias similares a las que motivan el requisito del alfabetismo (1007), o como cuando se niega el derecho de votar a aquellos ciudadanos que no acrediten un trabajo útil para la sociedad, corriendo la calificación por cuenta de los gobernantes. Los riesgos que produce la aplicación de este impedimento para la libertad electoral y la representatividad del gobierno han determinado su supresión de los sistemas electorales modernos.
- 5) Raza y religión. Con estos impedimentos se niega el derecho de votar a los individuos que pertenecen, o que no pertene-

---

(1006) Entre otros, España, Francia e Italia. En la Argentina lo implantó la ley 24.007.

(1007) JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 303, ob. cit.

cen, a determinada raza o religión. Su aplicación puede ser absoluta o parcial, como cuando se permite votar a quienes no pertenecen a la raza, o no profesan la religión protegida por el Estado, pero solamente para integrar cuerpos electorales con funciones secundarias. Son impedimentos no contemplados en los sistemas electorales personalistas debido a los fines autoritarios que los motivan.

### 308. IGUALDAD DEL VOTO

La igualdad en el voto significa que la situación política de cada ciudadano en el momento de ejercer el acto del voto debe ser idéntica a la de los restantes ciudadanos. La gravitación electoral de cada ciudadano debe ser equivalente a la que tengan los demás, lo cual se refleja en la fórmula clásica: un hombre equivale a un voto.

La violación del principio se concreta mediante sistemas electorales que atribuyen a ciertos individuos un número de votos mayor que a los demás. El voto plural se manifiesta a través del llamado voto familiar, en el otorgamiento de un número adicional de votos a aquellos ciudadanos que cumplen con ciertos requisitos intelectuales o económicos, o en la facultad otorgada a ciertas personas para integrar varios colegios electorales (1008).

A pesar de su reconocimiento por el sistema electoral, el principio de igualdad puede ser desconocido como consecuencia de prácticas fraudulentas. Para evitar esta corruptela, casi todos los sistemas han implantado el registro y las listas de electores determinando con precisión quiénes son los individuos habilitados para votar, el lugar donde pueden emitir su voto y su inmediata exclusión de la lista una vez ejercido el derecho.

### 309. SECRETO DEL VOTO

El secreto no es una condición teóricamente esencial del voto, que haga a su naturaleza conforme a los preceptos de la democracia constitucional. Por el contrario, en una sociedad perfecta el ideal está representado por el voto público, ya que nadie debería sentir temor

---

(1008) En Bélgica, hasta 1919, se otorgaron votos adicionales a los jefes de familia de más de 34 años de edad que pagaban una cantidad mínima por impuestos directos y a quienes contaban con cierta educación superior.

en dar a publicidad el contenido del acto por cuyo intermedio asume una responsabilidad ciudadana.

Sin embargo, el análisis de la realidad social y política revela que la vigencia del voto público conduce necesariamente a su desnaturalización mediante el fraude. Por tal motivo, a partir del siglo XIX comenzó a generalizarse la aplicación del voto secreto, asegurando su eficacia mediante la instrumentación de diversas técnicas.

El voto secreto no excluye la posibilidad de las amenazas y coacciones en colegios electorales pequeños, pero en términos generales su contribución para erradicar el fraude electoral ha sido decisiva.

Otorgar al voto carácter secreto importa, en definitiva, garantizar su ejercicio dentro de un marco de libertad. Significa ofrecer al ciudadano las garantías y recaudos necesarios para que pueda ingresar al cuerpo electoral bajo condiciones mínimas de libertad y sin necesidad de desplegar una conducta heroica. De tal modo, en la práctica política, el carácter secreto del voto se transforma en un requisito esencial para la vigencia de un sistema democrático constitucional.

### 310. VOTO OBLIGATORIO

Algunos sistemas electorales, además de las tres características ya descritas, asignan al voto el carácter de obligatorio. En estos casos, bajo el apercibimiento de una sanción legal, se impone a los ciudadanos la obligación de integrar el cuerpo electoral, sin que interese el contenido del voto, que puede ser positivo, en blanco o nulo.

La implantación del voto obligatorio tiene por finalidad evitar los riesgos que producen las abstenciones electorales, y por su intermedio se procura:

- 1) Subsanan la naturaleza imperfecta de los hombres y su presunto desinterés por las cuestiones políticas que no se vinculan, en forma directa, con sus intereses materiales o espirituales, cubriendo parcialmente los vacíos provocados por una deficiente educación cívica de los ciudadanos.
- 2) Evitar que el desinterés de la mayoría permita el acceso al poder de una minoría activa y politizada que no sea representativa de la comunidad.
- 3) Elevar el grado de representatividad del gobierno y del sistema político.
- 4) Fomentar la educación política de los ciudadanos, ya que el voto obligatorio constituye un acicate que los impulsa a pres-

tar mayor atención a los problemas y soluciones que se plantean en el curso del proceso electoral.

Sin perjuicio de las ventajas que pueda presentar el voto obligatorio, no constituye un requisito esencial a los fines del sistema democrático constitucional, y su aplicación en los regímenes que tienen un grado aceptable de madurez política ha ofrecido resultados poco satisfactorios (1009) por resentir el grado efectivo de representatividad del sistema electoral. Tal circunstancia, y la necesidad de preservar la libertad individual, terminaron que el voto no sea obligatorio en varios sistemas democráticos consolidados.

### 311. EL VOTO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Conforme al art. 37 de la Constitución y al Código Electoral, establecido por la ley 19.945 y sus modificatorias, el voto presenta todas las características necesarias que permiten su encuadre en la concepción de un sistema democrático constitucional. Así, se consagran los principios de universalidad, igualdad, secreto y obligatoriedad (1010) del voto.

El art. 12 de la ley establece el deber de votar. Solamente se exime del cumplimiento de esta obligación a los mayores de setenta años de edad, a las autoridades judiciales que deben controlar el acto electoral, a los que el día de la elección se encuentren a más de 500 kilómetros del lugar donde están registrados para votar, a los enfermos, a todos aquellos que por razones de fuerza mayor no puedan concurrir al lugar indicado para votar, y a las personas que deban prestar servicios públicos durante el transcurso del acto electoral.

La Cámara Nacional Electoral no aceptó como causa justificativa del incumplimiento del deber de votar la objeción de conciencia basada sobre razones religiosas. Si bien el rechazo obedeció a que la accionante no había impugnado su incorporación al padrón electoral, lo cual importaba haber consentido el régimen legal, en rigor la objeción de conciencia quedaba a salvo con la posibilidad de votar en blanco o de anular el voto (1011).

---

(1009) JEAN BLONDEL, *Introducción al Estudio Comparativo de los Gobiernos*, p. 212, ob. cit.

(1010) El voto obligatorio fue impuesto en 1912 por la ley 8871 sancionada bajo la presidencia de Roque Sáenz Peña, que también estableció la obligatoriedad de su carácter secreto. En la legislación electoral anterior regían los principios de la universalidad e igualdad del voto mientras que, su emisión secreta, era facultativa para el votante.

(1011) *El Derecho* 142-557.

No existen reparos para que, por vía legislativa, se amplíen las excepciones a la obligación de votar. Particularmente, las referentes a la edad que, atendiendo a los fines a que obedece su imposición, podría ser reducida.

La sanción fijada por la ley para aquellos que no cumplan con el deber de votar consiste en una multa y en la inhabilitación para desempeñar funciones o empleos públicos durante tres años a partir de la fecha de la elección (art. 125).

La finalidad perseguida mediante la implantación del voto obligatorio consiste en fomentar el interés de los ciudadanos por la política, disminuir el ausentismo electoral y elevar el grado de representatividad del sistema asegurando la participación de un electorado numeroso. Sin embargo, debido a su carácter compulsivo, la representatividad será aparente y no real, a menos que otros factores revelen lo contrario. Entre ellos, el más significativo reside en determinar el grado de intervención del electorado en la selección de los candidatos que, en el actual sistema argentino, es poco significativo.

Conforme a la ley 23.298, los partidos políticos monopolizan el proceso de selección de las candidaturas, circunstancia esta última cuya constitucionalidad ha sido reiteradamente cuestionada (1012), aunque fue reconocida por la Corte Suprema en el caso "Ríos" (1013).

Sólo pueden ser candidatos los ciudadanos elegidos por los partidos, y como el caudal de los electores afiliados a ellos es muy bajo, y mucho menor el número de afiliados que participan votando en la selección de los candidatos, se advierte que la concurrencia de un porcentaje elevado de ciudadanos al acto electoral no garantiza la representatividad del sistema (1014).

Cabe tener en cuenta que el monopolio asignado a los partidos políticos para seleccionar los candidatos a cargos públicos electivos, está impuesto por la ley y no por la Constitución. El art. 38 de esta última les reconoce competencia para postular candidatos pero no establece la exclusividad. Legislativamente, no se puede desconocer esa potestad de los partidos políticos, pero no existen reparos constitucionales para que se permita la postulación de candidatos

---

(1012) PABLO G. HIRSCHMANN, *El monopolio partidario de las candidaturas y la Constitución*, El Derecho 109-989, Buenos Aires 1984.

(1013) Fallos CS 310:819.

(1014) En 1989 el porcentaje de los electores afiliados a los partidos políticos en la Argentina ascendió al 9%, y el de quienes participaron en las elecciones partidarias internas al 0,8%.



independientes (1015) en forma simultánea. Inclusive es factible que, con el objeto de preservar la libertad política, la Corte Suprema de Justicia modifique el criterio sentado en el caso "Ríos". Pero siempre haría falta una norma reglamentaria que regule esa postulación para no caer en el absurdo de permitir la presentación de tantos candidatos como electores registrados.

Esta representatividad también es lesionada por el sistema electoral de lista cerrada que se aplica para la elección de los diputados y senadores nacionales. Tal mecanismo anula toda posibilidad de verificar manifestaciones libres y espontáneas del electorado, fomenta las opciones y la permanencia de núcleos cerrados de dirigentes políticos. Como los candidatos son elegidos únicamente por los partidos, y como el elector no tiene posibilidad alguna de alterar las listas presentadas por los mismos, la obligatoriedad del voto está distante de dotar representatividad al sistema debido a la preeminencia otorgada a la partidocracia.

Con la cláusula establecida en el art. 37, los caracteres de universalidad, igualdad, secreto y obligatoriedad del voto revisten naturaleza constitucional. De modo que, al margen de los reparos científicos que pueda merecer el voto obligatorio, su establecimiento se impone por expresa disposición constitucional y con las excepciones que pueden emanar de la legislación reglamentaria.

Sin embargo, cabe recordar que el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que el voto debe ser universal, igual y secreto. Disposición similar está contenida en el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ninguna de ellas impone la obligatoriedad del voto, tal como lo hace el art. 37 de la Ley Fundamental.

A esas disposiciones el art. 75, inc. 22, de la Constitución, asigna jerarquía constitucional. De modo que, bajo la directriz de una interpretación literal o semántica, se podría entender que la obligatoriedad del voto no es un requisito constitucional. A igual conclusión se arribaría si se entendiera que la Constitución Nacional está jerárquicamente subordinada a los tratados internacionales.

Sin embargo, consideramos que en la escala jerárquica del art. 31 de la Ley Fundamental los tratados internacionales están subordinados a la Constitución. De modo que la exclusión del carácter obligatorio del voto en los citados documentos internacionales en modo

---

(1015) DARDO PÉREZ GUILHOU, *Representación y participación política*, p. 31, ob. cit.

alguno impide la plena vigencia de la cláusula contenida en el art. 37 y en toda su extensión.

El carácter complementario de los tratados internacionales sobre derechos humanos y la circunstancia que el art. 75, inc. 22, establece expresamente que aquellos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución, impone la supremacía del art. 37 de la Ley Fundamental sobre cualquier otra cláusula o interpretación opuesta proveniente de un tratado internacional.

### 312. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE HOMBRES Y MUJERES

El segundo párrafo del art. 37 de la Constitución dispone que la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios será garantizado con acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral. Por su parte, la segunda de las disposiciones transitorias de la Ley Fundamental aclara que esas acciones positivas no podrán ser inferiores a las vigentes legislativamente al tiempo de ser reformada la Constitución y durante el lapso que determinen las leyes respectivas.

La igualdad política entre hombres y mujeres resulta de una interpretación teleológica de la Constitución, complementada con una interpretación sistemática de su texto.

De esa interpretación resulta claro que, por aplicación del principio de igualdad previsto en el art. 16 de la Constitución y del requisito de idoneidad como única condición exigible para el acceso a los cargos públicos, que también prevé esa norma, será discriminatoria y por ende inconstitucional toda medida que pretenda efectuar una distinción entre las personas atendiendo al sexo de las mismas.

Sin embargo, los convencionales de 1994 prefirieron darle rango constitucional expreso a esa interpretación. Las discriminaciones que se operan en el seno de los partidos políticos que ellos integran, y la razonable presión ejercida por las mujeres cuya vocación política las conduce a participar en la vida partidaria, determinaron la inserción de aquella cláusula constitucional.

La paradoja reside en que los hombres que integran la denominada "*clase política*" y que, en su mayoría conformaron la Convención de 1994, no han sido proclives a permitir la participación de las mujeres en el seno de los partidos políticos, especialmente para ocupar cargos relevantes. Sin embargo, con un fervor singular, gestaron la sanción de la ley 24.012 y de la cláusula constitucional que comentamos, procurando forjar una imagen externa democrática que no

se compadece con las restricciones de hecho que imponen a las mujeres los partidos políticos.

La cláusula transitoria segunda, al hacer referencia a que las acciones positivas del art. 37 no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse la ley, parecen destinadas al sistema establecido por la ley 24.012. Esa norma dispone que las listas de candidatos que presenten los partidos políticos deberán tener un mínimo del 30% de mujeres y en proporciones con posibilidad de resultar electas. A su vez, el decreto 379/93, reglamentario de la ley, establece que en las listas partidarias se debe ubicar una mujer entre los tres primeros candidatos y así sucesivamente. Asimismo, en caso de ser dos los candidatos, uno de ellos debe ser mujer, con prescindencia de su idoneidad.

Es opinable si la escala del decreto 379/93 y la propia ley 24.012 son constitucionales en la medida en que imponen fórmulas arbitrarias con total prescindencia del principio de idoneidad y, en definitiva, pueden traducirse en mecanismos discriminatorios para el hombre y para la propia voluntad popular. Pero se trata simplemente de una abstracción teórica que, en modo alguno, pretende relegar la participación igualitaria de las mujeres públicas en la vida democrática, así como tampoco la de los varones cuando, en un caso concreto, puedan acreditar los efectos inconstitucionales de la ley 24.012 frente a los principios de igualdad e idoneidad que impone el art. 16 de la Constitución.

De todas maneras, cabe recordar que el sistema establecido por la ley 24.012 para concretar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres, no es impuesto por el art. 37 de la Constitución sino por la Disposición Transitoria Segunda, que faculta al Congreso para modificarla por otros mecanismos que estime más efectivos (1016). De modo que, cuando "*clase política*" tenga la madurez intelectual suficiente para ralear los preconceptos discriminatorios que aplican a las mujeres en la vida política, no habrá reparos para que impere la espontánea igualdad impuesta por el art. 16 de la Ley Fundamental.

### 313. CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES

Existen diversos criterios para efectuar una clasificación de los sistemas electorales.

---

(1016) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, p. 274, ob. cit.

Uno de ellos consiste en tomar como base la organización territorial aplicada para el funcionamiento del cuerpo electoral. En este caso, el sistema puede ser uninominal o plurinominal. Es uninominal cuando el territorio y el cuerpo electoral se dividen en tantas zonas y organismos como cargos electorales hay que cubrir. Es plurinominal, en cambio, cuando en una unidad territorial todos los cargos electorales son cubiertos por un solo cuerpo electoral. Como fórmula intermedia, la organización territorial puede ser binominal o trinomial. Según el caso, los votantes de cada zona expresan su preferencia por dos o tres candidatos. En cada zona se cubren dos o tres cargos electorales (1017).

Los sistemas electorales pueden ser directos o indirectos. En los primeros, la designación de los gobernantes corresponde al cuerpo electoral primario, quien no delega esa atribución en un cuerpo electoral secundario y diferente. En los sistemas indirectos, el cuerpo electoral primario decide sobre la composición de un cuerpo electoral secundario, al cual corresponde designar a los gobernantes.

El sistema electoral indirecto para la designación del presidente, vicepresidente y senadores nacionales se aplicó en la Argentina hasta la reforma constitucional de 1994. El presidente y vicepresidente eran elegidos por electores designados por los votantes. Si ninguno de los candidatos obtenía el voto de la mayoría absoluta de los electores, el Congreso, reunidas ambas cámaras en asamblea, debía elegir entre los dos candidatos más votados. Los senadores nacionales eran elegidos por las legislaturas provinciales, con la salvedad de los correspondientes a la Capital Federal cuya elección se concretaba de manera similar a la presidencial. El sistema indirecto subsiste para la elección de los jueces, que conforman uno de los tres órganos del gobierno.

Sobre la base de la participación de las minorías en la integración de los cargos electorales, los sistemas se clasifican en mayoritarios, minoritarios y mixtos. En los primeros, se adjudican todos los cargos electorales a los candidatos que obtienen mayor número de votos, ya sea en forma absoluta o relativa. En los segundos, se procura asegurar la elección de algunos candidatos minoritarios. En los terceros, finalmente, se pretende conciliar los sistemas mayoritarios y minoritarios distribuyendo los cargos electorales en atención al caudal de votos obtenidos por los candidatos.

---

(1017) GERMÁN BIDART CAMPOS describe el sistema intermedio cuando "se divide el territorio en grandes circunscripciones, en cada una de las cuales se elige un número de personas generalmente proporcionado a la población" (*De-recho Político*, p. 484, Ed. Aguilar, Buenos Aires 1962).

Estas clasificaciones no permiten establecer con un grado relativo de certeza la ubicación de los sistemas siguiendo un orden de representatividad. En este último caso, más que de una clasificación propiamente dicha se impone una descripción comparativa de los sistemas atendiendo a su grado de intensidad representativa (1018).

### 314. SISTEMA DE MAYORÍA RELATIVA

Es el sistema más simple para la asignación de los cargos electorales, basado sobre la idea de que el gobierno debe quedar en manos de la mayoría con exclusión de las minorías.

Con este sistema resultan electos los candidatos que obtienen una mayoría simple de votos, ya sea en forma individual o por integrar la lista de candidatos más votada en un sistema de lista cerrada. El funcionamiento del sistema requiere de la presencia de tres o más candidatos por cada cargo electoral, ya que si ellos se limitan a dos, el sistema, en la práctica, producirá iguales resultados que el de la mayoría absoluta.

El índice de representatividad de este sistema tiende a disminuir a medida que aumenta el número de los candidatos como consecuencia de la dispersión del electorado.

La atomización del electorado determina que muchas veces se prive de representación a amplios sectores minoritarios, resintiéndose la solidez y el grado de representatividad del gobierno. La insuficiente representatividad del gobierno, que puede proyectarse sobre su legitimidad, hace perder consistencia al argumento utilizado para propiciar el sistema en su forma pura. Ese argumento destaca que se refuerza la autoridad del gobierno al impedir el acceso compartido al poder de grupos políticos minoritarios que, a través de la oposición, podrían tornar difícil el desarrollo de una política eficaz.

Este sistema fue establecido por la primera de las leyes electorales argentinas basadas sobre el sistema constitucional de 1853/60, para la elección de diputados nacionales, electores de presidente y vicepresidente y electores de los senadores por la Capital Federal (1019). En cada distrito electoral, en forma verbal o escrita, el electorado votaba por tantos candidatos como cargos se debían cubrir, para lo

---

(1018) JEAN BLONDEL, *Introducción al Estudio Comparativo de los Gobiernos*, p. 224, ob. cit.

(1019) Ley 140 de la Confederación Argentina, sancionada el 16 de septiembre de 1857. El voto era reconocido a partir de los 21 años de edad.

cual podía confeccionar una lista de candidatos, respetar la elaborada por los partidos políticos, o bien introducir en esta última las modificaciones que estimara convenientes.

Al concluir el acto electoral, se levantaba un acta en la cual se anotaba a todos los candidatos con el número de votos que hubiesen obtenido, comenzando con aquél que hubiera logrado la mayor cantidad de votos. La elección se concretaba por simple mayoría de votos, resultando electos aquellos candidatos que individualmente conseguían el mayor número de votos, ya que el escrutinio no era por lista sino por candidatos (arts. 30 y 36 de la ley 140).

Este sistema, que rigió entre los años 1857 y 1902, y de 1905 a 1912 (1020), tornó sumamente difícil la representación de los grupos políticos minoritarios, debido a que en la mayoría de los casos los electores se pronunciaban por la totalidad de los candidatos propuestos por un partido político sin efectuar tachaduras o sustituciones. De tal modo, resultaba electa la totalidad de los candidatos del partido mayoritario, ya que individualmente eran los que obtenían más votos. Tal circunstancia determinó que el sistema fuera conocido con el nombre de "*lista completa*", a pesar de que no era, precisamente, un sistema de lista cerrada, dado que el escrutinio se realizaba por persona.

En la actualidad, y por disposición del artículo 54 de la Constitución, el sistema de mayoría relativa se aplica parcialmente para la elección de los senadores que representan a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires. Resultan electos los dos candidatos del partido político que obtiene el mayor número de votos y el primer candidato de la agrupación política minoritaria más votada.

### 315. SISTEMA DE CIRCUNSCRIPCIONES Y VOTO UNINOMINAL

Una variante del sistema de mayoría relativa, aunque también aplicable en un sistema de mayoría absoluta, es el sistema de circunscripciones y voto uninominal que, con el propósito de facilitar la representación de las minorías, fue establecido el 28 de diciembre de 1902 por la ley 4161 (1021) para la elección de diputados naciona-

---

(1020) Ley 75 de la Nación Argentina, del 13 de noviembre de 1863, que fue modificada por las leyes 240 (1868), 623 (1873) y 893 (1877). El voto era reconocido a partir de los 18 años de edad.

(1021) La ley 4161, que fue promulgada el 8 de enero de 1903, se basó en un proyecto de Joaquín V. González, siendo ministro del Interior durante la presidencia de Julio A. Roca.

les, electores de presidente y vicepresidente y electores de los senadores por la Capital Federal.

Dicha ley estableció que los distritos electorales —provincias y Capital Federal— se dividían en un número de circunscripciones igual al número de cargos electorales que debían ser cubiertos por el distrito respectivo. Cada elector podía votar en la circunscripción donde estaba registrado su domicilio, expresando su preferencia solamente por uno de los candidatos que se postulaban en esa circunscripción. La elección se concretaba por simple mayoría de votos, resultando electo en cada circunscripción el candidato que obtenía mayor número de votos. Para la elección de presidente y vicepresidente se elegían dos electores por circunscripción y, además, en conjunto con las demás circunscripciones del distrito se elegían cuatro electores.

En la práctica, el índice de representatividad del sistema fue superior al registrado con el sistema de mayoría relativa, permitiendo la elección de candidatos propuestos por los partidos minoritarios (1022). Por otra parte, determinó una relación personal entre el elector y el candidato, que obligó a los partidos políticos a ser sumamente prudentes en la selección de las candidaturas.

Sin embargo, y al margen de la polémica suscitada respecto de la constitucionalidad del sistema, teniendo en cuenta que el art. 45 de la Ley Fundamental no autorizaría la división de los distritos electorales, su aplicación presentó el inconveniente de limitar arbitrariamente el voto del elector a un solo candidato, prescindiendo del total de cargos electorales correspondientes al distrito. Además, en un sistema multipartidista, con la consecuente dispersión del electorado, la elección de los candidatos podía llevarse a cabo por un número reducido de votos, desnaturalizando la finalidad del sistema y afectando su índice de representatividad (1023).

El 11 de julio de 1951, y sobre la base de la Constitución reformada en 1949, fue sancionada la ley 14.032, que restableció el clásico sistema británico de las circunscripciones uninominales. La ley establecía que para la elección de diputados nacionales los distritos se

---

(1022) Con este sistema fue elegido el primer diputado socialista de América. Se trató de Alfredo L. Palacios, elegido en la circunscripción de San Juan Evangelista de la Capital Federal.

(1023) La ley 4161 fue derogada por la ley 4578, sancionada el 24 de julio de 1905, que restableció el sistema de mayoría relativa. Poco después, la ley 4719, sancionada el 26 de septiembre de 1905, dispuso que el voto sólo podía ser expresado en forma escrita.

dividían en circunscripciones, cuyo número era igual a la cantidad de bancas que debían ser cubiertas en ellos. Como excepción, se dispuso que en la Capital Federal, Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos y Santa Fe, el número de las circunscripciones fuera igual al número de diputados a elegir menos dos. Efectuado el escrutinio, las bancas eran adjudicadas al candidato que, en cada circunscripción, había obtenido mayor número de votos. A su vez, en los cinco distritos citados, los dos cargos restantes eran adjudicados a los candidatos del distrito que habían obtenido más votos sin haber resultado electos en su circunscripción.

El sistema de circunscripciones uninominales funciona exitosamente en Gran Bretaña y los Estados Unidos por dos razones. Primero, porque responde a una tradición histórica. Segundo, porque en ambos países impera un bipartidismo dominante que es más intenso en los Estados Unidos. También se aplica en países que tienen un sistema multipartidario, como Francia, aunque con la modalidad de la doble vuelta en la que participan los dos candidatos que sin haber obtenido una mayoría absoluta, fueron los más votados en la primera vuelta.

En países como la Argentina, y desde un enfoque realista, su vigencia en orden a la representatividad, solamente se justificaría en los grandes distritos electorales donde se eligen numerosos legisladores como en las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Pero no en los restantes distritos donde, se suelen elegir de dos a cinco legisladores que son conocidos por los votantes.

Al margen de los reparos constitucionales, el sistema de circunscripciones uninominales es proclive a la instauración del fraude mediante la arbitraria modificación, por el legislador, del territorio asignado a cada circunscripción. Fenómeno que se produjo, en 1951, con el diagrama de las circunscripciones de la ciudad de Buenos Aires.

Se trata de una práctica conocida en los Estados Unidos con el nombre de *gerrymandering*. La configuración arbitraria de las circunscripciones, decidida en el órgano legislativo por el partido mayoritario, puede consistir en agrupar las zonas donde prevalece el voto opositor en pocas circunscripciones, o aumentando el número de circunscripciones en las zonas donde predomina el partido oficialista.

Cuando se cuestionó la validez constitucional de esas prácticas fraudulentas, la Suprema Corte de Estados Unidos consideró que la



determinación de las circunscripciones era una potestad propia del legislador, y por ende una cuestión política no judicial (1024).

En tres casos resueltos en 1932, la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecían las circunscripciones, aunque sin apartarse del criterio expuesto en el párrafo anterior. En los tres casos, se trataba de leyes que modificaban las circunscripciones y que, habiendo sido vetadas por los gobernadores, no medió insistencia suficiente de las legislaturas (1025).

Otro tanto aconteció en 1960 cuando la Suprema Corte declaró la invalidez del gerrymandering que se pretendió para excluir de un distrito de Alabama a los votantes de color. En esa oportunidad, el fundamento residió en que la ley violaba la Enmienda XV de la Constitución. Ella establece que el derecho a votar no puede ser negado o limitado sobre la base de la raza o color de los votantes (1026).

En el célebre caso "*Baker v. Carr*", de 1962, la Suprema Corte, por mayoría, decidió que el gerrymandering no constituía una cuestión política. El juez Brennan destacó que el hecho de solicitar la protección de un derecho político, no significa necesariamente que se trate de una cuestión política no judicial y que, la cuestión federal, residía en el desconocimiento del principio de igualdad respecto de los derechos políticos (1027).

Es poco probable que una decisión judicial de esa índole se llegara a dictar en la Argentina, hasta tanto no se advierta un absoluto apartamiento por parte de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de las políticas o directivas de la dirigencia política dominante en el gobierno. Además, en caso de operarse ese apartamiento, se deberá verificar su aceptación por esa dirigencia que, lamentablemente, es proclive en tales casos a desencadenar la renuncia de los magistrados judiciales mediante un juicio público de remoción (1028).

Como alternativa de este sistema se presentan las circunscripciones binominales o trinominales, cuya validez constitucional y efi-

---

(1024) "*Keogh v. Neely*" (284 US 583 de 1931).

(1025) "*Smiley v. Holm*" (285 US 355), "*Koenig v. Flynn*" (285 US 375) y "*Carroll v. Becker*" (285 US 380).

(1026) "*Gomillon v. Lightfoot*" (364 US 339).

(1027) 478 US 109.

(1028) Entre 2003 y 2005, siguiendo las instrucciones impartidas por el presidente Kirchner, los legisladores resolvieron promover juicios de remoción a los jueces de la Corte Suprema de Justicia Nazareno, López, Vázquez, Moliné O'Connor y Boggiano, determinando la renuncia de los tres primeros y la separación de sus cargos de los dos últimos.

cacia representativa merecen similares reparos que los formulados para las circunscripciones uninominales.

### 316. SISTEMA DE MAYORÍA ABSOLUTA

En el sistema de mayoría absoluta, los cargos electorales son asignados a los candidatos, o listas de candidatos, que obtienen la mitad más uno de los votos positivos emitidos.

Si se presentan solamente dos candidatos para cada cargo electoral, la aplicación del sistema no genera dificultades. Pero la presencia de múltiples candidatos hace posible que después de la primera votación ninguno de ellos obtenga la mayoría absoluta de votos.

En tal caso, se acude a dos procedimientos: 1) la realización de una serie ilimitada de actos electorales hasta que alguno de los candidatos obtenga la mayoría absoluta (1029); 2) establecer un límite al número de las votaciones y reducir la cantidad de los candidatos que se pueden postular después del primer acto electoral. En este caso, se repite el acto electoral con la participación de los candidatos que obtuvieron mayor número de votos en la primera elección (1030). Es el sistema que, parcialmente, se aplica para elegir a la fórmula presidencial en la Argentina.

Como en el sistema de mayoría relativa, su grado de representatividad disminuye a medida que aumenta el número de los candidatos que se presentan en la primera votación. Asimismo, ese índice es aun menor cuando se aplica la votación por listas cerradas. Por otra parte, en la variante del "*ballotage*" o doble vuelta, se desnaturaliza la voluntad real del electorado, al someterlo a una opción que impide conocer el real grado de representatividad que tienen los candidatos electos.

Este sistema fue aplicado por la ley 19.862, sancionada el 3 de octubre de 1972, sobre la base de la inconstitucional reforma de la Ley Fundamental efectuada ese año por el gobierno de facto. La elección de presidente y vicepresidente se realizaba en forma directa, a cuyo fin el territorio del país era considerado como distrito único. Se consideraba electa la fórmula presidencial que obtuviera la mayoría absoluta de votos y, para el supuesto de que ello no acontecie-

---

(1029) Se aplica en el Vaticano para la elección del Sumo Pontífice.

(1030) Este sistema se aplica en Francia para la elección presidencial.

ra, se realizaba una segunda votación en la cual participaban los dos partidos o alianzas que hubiesen obtenido mayor número de votos en el primer acto electoral.

La elección de los senadores nacionales también se realizaba en forma directa, correspondiendo en cada distrito la designación de tres senadores (1031). Los partidos políticos solamente podían presentar dos candidatos, y se consideraban electos aquellos que integraran la lista que obtuviese la mayoría absoluta de votos y el primer candidato de la lista que la siguiera en número de votos. Si en la primera votación ninguna de las listas alcanzaba la mayoría absoluta, se realizaba una segunda elección, en la cual intervenían las dos listas más votadas. En este caso, quedaban elegidos los candidatos de la lista que, en la segunda votación, hubiesen obtenido la mayoría absoluta de votos, y el primer candidato de la segunda lista (1032).

Este sistema es similar al que prevé el art. 54 de la Constitución, con la salvedad de no exigir la mayoría absoluta.

### 317. SISTEMA DE MAYORÍA ABSOLUTA CON VOTO ALTERNATIVO

La esencia de este sistema es igual a la del anterior, ya que resultan elegidos los candidatos que obtienen la mayoría absoluta de votos. Sin embargo, al ofrecer una mayor libertad de acción a los electores, su índice de representatividad es superior.

En este caso, si bien son elegidos aquellos candidatos que obtienen una mayoría absoluta de votos, se evita una segunda votación, con la consiguiente reducción artificial del número de candidatos.

En el acto de votar, los electores establecen un orden de preferencia entre los candidatos a los cuales deberán ser destinados sus votos para el supuesto de que los primeros no obtengan la mayoría absoluta. Realizado el escrutinio, se suprime al candidato que obtuvo el menor número de votos, y los votos que le fueron adjudicados se distribuyen entre los candidatos preferidos en segundo término, prosiguiendo con la aplicación del mecanismo hasta que alguno de los candidatos resulte beneficiado con la mayoría absoluta de los votos.

---

(1031) La Constitución de 1853/60 establecía que cada distrito electoral está representado por dos senadores, mientras que el estatuto dictado por el gobierno de facto de 1972 elevó ese número a tres.

(1032) En la práctica, en la segunda votación competían los candidatos de las listas mayoritarias que estaban ubicados en segundo término.

El grado de representatividad de este sistema es mayor al resultante de un sistema de mayoría absoluta con reiteración de votaciones o "*ballotage*" (1033).

### 318. SISTEMA DE VOTO LIMITADO O RESTRINGIDO

Es un sistema que se aplica en distritos plurinominales, con el objeto de asegurar la representación de las minorías, prescindiendo, en principio, de su caudal electoral.

Consiste en limitar el voto del elector, quien sólo podrá votar por un número de candidatos inferior al de los cargos electorales a cubrir, siendo designados aquellos que obtienen simple mayoría de votos.

La aplicación de este sistema también puede concretarse con las "*listas cerradas*", en cuyo caso recibe el nombre de "*sistema de lista incompleta*". En este caso, se determina de antemano el número de cargos electorales que corresponde al partido mayoritario, y se atribuyen los restantes cargos a la lista del partido que constituya la primera minoría, sin considerar las diferencias entre los caudales electorales de ambos grupos.

El índice de representatividad del sistema disminuye cuando, existiendo dos o tres agrupaciones políticas, no se presentan mayores diferencias en la cantidad de votos que obtuvieron, así como también en los regímenes cuyo electorado está atomizado por un multipartidismo intenso.

Este sistema, si bien asegura la representación de las minorías, puede conducir a resultados arbitrarios, como consecuencia de una desproporción manifiesta entre las bancas asignadas y el total de votos obtenidos por cada partido político. Asimismo, la afirmación de que favorece al establecimiento de un bipartidismo dominante en cada distrito no es exacta, porque ese bipartidismo se reflejará solamente en la composición del congreso o parlamento, pero no en las preferencias del electorado. En efecto, pueden quedar desprovistos de representación importantes grupos políticos minoritarios.

### 319. SISTEMA DE LA LEY SÁENZ PEÑA

La sanción de la llamada *Ley Sáenz Peña*, 8871, del 10 de febrero de 1912, constituyó un adelanto muy importante sobre los sistemas

---

(1033) Este sistema se aplicó en 1919 en Australia para la designación de los miembros de la Cámara Federal.

electorales que hasta ese momento habían tenido aplicación en la Argentina. Esa importancia y originalidad no residió tanto en la técnica electoral empleada, sino en la implementación de diversos mecanismos destinados a erradicar el fraude y las prácticas desleales en el curso del proceso electoral.

La denominación correcta de este sistema (1034) es *de voto limitado o restringido*, y no *de lista incompleta*, habiéndose aplicado para la elección de diputados nacionales, electores de presidente y vicepresidente y electores de senadores por la Capital Federal.

En cada distrito, los partidos políticos presentaban una lista de candidatos, cuyo número podía ser igual al de los cargos electorales. A su vez, cada votante sólo podía pronunciarse por un número de candidatos equivalente a los dos tercios de los cargos electorales (1035). El voto del elector era esencialmente libre porque no era por lista cerrada, ya que podía alterar el orden de los candidatos y sustituirlos por los que figuraban en otras listas. El escrutinio no se realizaba por listas, sino por personas, resultando electos aquellos candidatos que individualmente obtenían simple mayoría de votos, sin que interesara la lista o las listas partidarias en las que figuraban inscriptos.

En la práctica electoral, este sistema de voto limitado se transformó en un sistema de lista incompleta. Ello obedeció a que los electores, en su gran mayoría, se limitaban a votar por la lista de candidatos presentada por un partido, sin efectuar sustituciones con los candidatos de otras listas partidarias. De tal modo, en cada distrito electoral las dos terceras partes de los cargos eran cubiertos con los candidatos propuestos por el partido que obtenía la mayoría de los votos, y el tercio restante por aquella agrupación que lo seguía en el número de votos (1036).

El objetivo del sistema no fue el de facilitar la representación de las minorías, sino el asegurar esa representación mediante la adjudicación de un tercio de los cargos electorales (1037). Asimismo, se

---

(1034) La ley 8871 fue sancionada bajo la presidencia de Roque Sáenz Peña, siendo ministro del Interior Indalecio Gómez.

(1035) Cuando la determinación de los 2/3 de los cargos electorales del distrito originaba fracciones, el elector podía votar por un candidato más para completar el número entero.

(1036) Este sistema, derogado en 1951, fue restablecido por el decreto 15.100/57 para las elecciones ordinarias nacionales de 1958.

(1037) El debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 8891 constituyó una de las lecciones más brillantes sobre sistemas electorales desarrolladas en el Congreso de la Nación. Su contenido sintetizado fue expuesto por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA en su *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VIII, ps. 130 y sigtes., ob. cit.

propuso fomentar la existencia de un bipartidismo dominante en cada distrito electoral.

Sin embargo, en la práctica electoral tales objetivos no fueron alcanzados plenamente. Así, la representación asignada a las minorías fue artificial y no real. Con este sistema no era posible reflejar una representatividad basada sobre el caudal electoral de cada partido político. Establecer que a una agrupación le corresponde cierto número de cargos electorales, sin considerar su caudal de votos, no importa asegurar la representación de las minorías en paridad a su fuerza electoral, sino fijar arbitrariamente cupos que no reflejan la voluntad de los electores.

Con este sistema tampoco se pudo forjar un bipartidismo en la realidad sociológica argentina. Por el contrario, el número de los partidos políticos, y la consecuente atomización del electorado, no disminuyó, sino que en varios distritos fue superior al existente antes de aplicarse el sistema. Claro está que tal fenómeno no es imputable al sistema, sino a los factores de hecho que genera la vida política.

Como todo sistema electoral debe ajustarse a la realidad política, en un régimen multipartidista, la representatividad de un sistema que propicie imponer el bipartidismo será escasa, por no reflejar esa realidad. Tal conclusión es indubitable, a menos que adoptemos la postura errónea —y sumamente peligrosa por sus efectos— de considerar que una ley puede imponerse a las conductas espontáneas de los hombres provocadas por la naturaleza social, lo cual, en definitiva, equivale a subordinar la vida a la forma.

### 320. SISTEMA DE VOTO ÚNICO NO TRANSFERIBLE

El objetivo de este sistema es el de asegurar la representación de las minorías, quedando condicionada su aplicación a la existencia de distritos donde corresponda cubrir dos o más cargos electorales.

Cualquiera que sea el número de cargos que se someten a la elección, el elector sólo tiene un voto y, consecuentemente, sólo puede expresar su preferencia por un solo candidato.

Si en un distrito electoral hay que cubrir tres cargos y participan tres partidos políticos, es probable que cada uno de ellos se limite a ofrecer uno o dos candidatos, sobre la base de las estimaciones previas que realice para precisar su caudal electoral, ya que el escrutinio será por persona y la elección por simple mayoría de votos. Así, suponiendo que participen los partidos A, cuyo caudal electoral se esti-

ma en el 45%, el partido *B*, con un 35%, y el partido *C*, con un 20%, si el partido *A* ofrece tres candidatos, corre el riesgo de que su electorado se distribuya igualitariamente entre los tres candidatos y que ninguno de ellos resulte electo si el partido *B* presenta dos candidatos y el partido *C* sólo uno. Claro está que estas especulaciones teóricas están supeditadas a la conducta del electorado, cuyo cabal conocimiento debe integrar las previsiones electorales de los partidos políticos.

El grado de representatividad del sistema, al fundarse sobre la mayoría relativa, disminuye en la medida en que aumenta el número de los partidos políticos y se reduce el número de los cargos electorales (1038).

### 321. SISTEMAS MIXTOS

Reciben esta denominación aquellos sistemas que se traducen en la aplicación simultánea de los elementos correspondientes a diversos sistemas electorales puros, aunque en la práctica importan la combinación de elementos propios de los sistemas mayoritarios con los que caracterizan al sistema de la representación proporcional.

En Italia, por ley del año 1948, se estableció un sistema mixto para la elección de senadores. Consistía en disponer que aquellos candidatos que obtuviesen el 65% de los votos en un distrito, quedaban automáticamente elegidos (mayoría absoluta), mientras que en los restantes distritos, donde ningún candidato obtenía esa mayoría, se aplicaba la representación proporcional. A tal fin, se unificaban los distritos en regiones y los candidatos pasaban a integrar listas confeccionadas sobre la base de coaliciones, figurando cada uno de ellos con un número de orden en una lista, determinado por la cantidad de votos que habían obtenido individualmente. Luego se sumaban los votos que habían obtenido los integrantes de cada lista y la asignación de las bancas se practicaba conforme al sistema de representación proporcional en su variante d'Hondt.

También en las elecciones francesas de 1951 se aplicó un mecanismo similar para integrar la Asamblea Nacional. Consistió en adjudicar en cada distrito, a la lista partidaria que obtenía la mayoría absoluta de votos, la totalidad de los cargos electorales. En los distritos donde no se obtenía esa mayoría de votos, la distribución de las bancas se practicaba mediante el sistema de representación proporcional en su variante d'Hondt.

---

(1038) Este sistema se aplicó hasta 1993 en Japón.

El grado de representatividad de estos sistemas depende de la mayor o menor gravitación que tienen los elementos correspondientes a los sistemas de mayoría absoluta o relativa. Cuando mayor es su influencia, menor será la representatividad del sistema (1039).

### 322. SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL

Con la aplicación de este sistema se procura reflejar en los organismos electivos una composición similar a la que se expresa dentro del cuerpo electoral. Los cargos electorales que se asignan a cada agrupación política deben guardar relación con su caudal electoral, sin que resulte procedente la exclusión de alguna de ellas, salvo si su número de votos es calificado por la ley como insuficiente o carente de representatividad en el conjunto electoral.

La representación proporcional comenzó a ser aplicada en el curso del siglo XIX, para alcanzar un grado elevado de difusión durante el siglo XX (1040). Sin embargo, en el siglo XXI, la tendencia en favor de la implantación de la representación proporcional se ha detenido, particularmente cuando ella está asociada con un sistema de lista cerrada.

En cuanto a las ventajas que presenta el sistema, se han destacado las siguientes: 1) defiende equitativamente los derechos de las minorías; 2) reduce el ausentismo electoral, al verificar cada elector la eficiencia de su voto; 3) favorece la estabilidad gubernamental, reduciendo los riesgos que genera una oposición destructiva, al hacer participar a las minorías en el proceso de adopción de las decisiones políticas; 4) estimula el funcionamiento de los partidos políticos; 5) reduce los riesgos del personalismo político, ya que la mira de cada elector se concentra más en las ideas que en los hombres; 6) disminuye el fraude electoral.

Desde un punto de vista racional, el sistema de representación proporcional presenta considerables ventajas sobre los restantes sistemas electorales, particularmente en un sistema multipartidista

---

(1039) Si bien el sistema electoral alemán es incluido en esta categoría, no constituye un sistema mixto sino en la aplicación del sistema de representación proporcional con cláusula limitativa y la introducción de ligeras variantes a un sistema de lista que ofrece una mayor libertad al elector.

(1040) En Noruega (1814), los cantones suizos de Neuchâtel, Ginebra, Friburgo y Berna (1891-1895), Bélgica (1899), Suiza (1918), Rumanía (1902), Suecia (1909), Dinamarca (1915), Holanda (1917), Italia (1919), Irlanda (1919), Alemania (1919) y Francia (1919).



y de voto plurinominal. Sin embargo, cabe destacar los inconvenientes prácticos que genera su aplicación: 1) el desinterés de los ciudadanos por la política, como consecuencia del monopolio que ejercen los partidos políticos en la selección de los candidatos y en el orden de su ubicación en las listas; 2) la mecanización del proceso electoral; 3) la atomización del electorado por la proliferación de los partidos políticos; 4) las dificultades para desarrollar una política gubernamental coherente y estable, debido a la división partidaria que se opera en los organismos electivos (1041).

Para verificar el grado de verosimilitud que presentan las críticas y los elogios de que es objeto el sistema de representación proporcional, es necesario efectuar su análisis en el marco de cada sistema político, teniendo en cuenta especialmente si en ellos rige un sistema presidencialista o parlamentario. Las generalizaciones son peligrosas y pueden conducir a conclusiones que no reflejen la realidad política.

Así, Duverger sostiene que el escrutinio mayoritario a una sola vuelta tiende al bipartidismo; la representación proporcional al multipartidismo, y que el escrutinio mayoritario con "ballotage" tiende a un multipartidismo atemperado por las alianzas de partidos (1042). Sin embargo, esta observación solamente es aceptable, dentro de un sistema político concreto, como expresión de tendencias y no de efectos automáticos (1043).

En la Argentina, la aplicación del sistema de representación proporcional no condujo a la proliferación de los partidos políticos sino que, por el contrario, redujo el número de las agrupaciones que obtuvieron un caudal electoral razonable, tanto en el orden nacional como en el provincial. Incluso, en los sistemas bipartidistas, la actuación de dos grandes partidos políticos, fuertes y orgánicos, no excluye el funcionamiento de numerosas pequeñas agrupaciones que reflejan el grado de intensidad que tiene el pluralismo político en un país. En tales casos, no se restringe la actuación de otros partidos, sino que existen dos grandes agrupaciones políticas por las cuales el electorado manifiesta sus preferencias generando un bipartidismo dominante. La nota que tipifica al bipartidismo no proviene de un sistema electoral, sino del comportamiento del electorado (1044).

---

(1041) KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 341, ob. cit.

(1042) MAURICE DUVERGER, *Sociología Política*, p. 324, Ediciones Ariel, Barcelona 1970.

(1043) ANDRÉ HAURIOU, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, p. 306, ob. cit.

(1044) La aplicación de la representación proporcional en Alemania no fue obstáculo para el funcionamiento de un sistema bipartidista que sustituyó al multipartidismo imperante antes de la Segunda Guerra Mundial.

El mayor inconveniente práctico que presenta el sistema de representación proporcional, además de la masificación del electorado, reside en la dificultad de reflejar plenamente en una operación matemática la relación de proporcionalidad entre el caudal de votos de un partido y las bancas correspondientes. Tal inconveniente procura ser subsanado por diversas variantes electorales (1045).

### 323. SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL CON CLÁUSULA LIMITATIVA

*Esta variante del sistema de representación proporcional consiste en excluir de la contienda electoral a aquellos partidos políticos que no obtienen un porcentaje mínimo sobre el total de los votos válidos emitidos. Ese porcentaje, que generalmente oscila entre el 5% y 10%, determina una reducción del índice de representatividad del sistema.*

*Esa reducción se advierte en aquellos casos en que una agrupación política se ve privada de cargos electorales a los cuales tendría acceso si funcionara la representación proporcional en su forma pura (1046).*

El sistema electoral de Alemania, basado sobre la Ley Federal del 7 de mayo de 1956, establece una cláusula limitativa del 5%. Los candidatos de cada distrito son elegidos uninominalmente por simple mayoría en un 60%, y el 40% restante por el sistema de lista. Cada elector tiene dos votos, destinando uno de ellos a un candidato y el restante a una lista partidaria. Por aplicación del sistema d'Hondt, cada partido político obtiene un número de escaños proporcional, que serán ocupados, en primer lugar, por los candidatos del partido que obtuvieron mayoría relativa de votos en la elección individual y, en segundo lugar, por el orden de las candidaturas que figuran en las listas. Es posible que en un "Land" resulten electos por mandato directo más candidatos que escaños le correspondan a un partido por

---

*(1045) Las variantes d'Hondt y Hagenbach-Bischoff se aplicaron en Alemania (1980), Bélgica (1977), Holanda (1977), Austria (1979), Portugal (1980), Grecia (1977), Finlandia (1979), Islandia (1979), Luxemburgo (1974) y España (1979). La variante Sainte Lague se aplicó en Dinamarca (1977), Noruega (1977) y Suecia (1976). El método del remanente mayor se usó en Italia (1979) y el de voto único transferible en Irlanda (1977).*

*(1046) Este sistema se aplica en Alemania y Holanda. También rigió en la Argentina para la elección de diputados nacionales en 1973, ya que quedaban excluidos aquellos partidos políticos que no obtenían el 8% de los votos válidos emitidos en un distrito.*

el sistema de lista, en cuyo caso a este número de mandatos de lista se agregan los mandatos directos.

Salvo esta excepción, los cargos asignados a los partidos por elección individual de los candidatos se deducen del total que le corresponda al partido una vez practicada la asignación sobre la base de la representación proporcional, con lo cual, en la práctica, la asignación de los cargos electorales responde a este último sistema, con la variante de permitir una relación más directa entre el elector y el 60% de los elegidos. Por tal razón, el sistema alemán puede ser denominado como de representación proporcional personalizada parcialmente.

### 324. SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL DE MEDIA MAYOR

Los sistemas de representación proporcional aspiran a conceder a cada agrupación política un número de cargos electorales que esté directamente relacionado con el número de votos que obtuvo.

Concluida la votación, en la cual cada elector se pronuncia por una lista de candidatos, se determina el número de votos atribuidos a cada lista y se establece el cociente electoral, dividiendo el total de los votos positivos emitidos por el número de cargos electorales. Finalmente, se asignan a cada partido político tantos cargos como veces está comprendido el cociente electoral en la totalidad de los votos que obtuvo.

Sin embargo, es prácticamente imposible que los votos obtenidos por los partidos políticos sean múltiplos exactos del cociente electoral, con lo cual resultan remanentes y cargos sin asignar.

Para remediar este inconveniente, ha sido elaborada una serie de variantes, que benefician en algunos casos a los partidos mayoritarios, y en otros a las agrupaciones minoritarias.

La variante que tratamos encuadra en el primer grupo, recibiendo también el nombre de "*Hagenbach-Bischoff*". Consiste en obtener la media electoral dividiendo el total de votos que obtuvo cada partido por el número de cargos electorales que le fueron asignados más un cargo adicional. Al partido que obtiene el cociente mayor se le asigna el cargo vacante, repitiéndose la operación si son varios.

Supongamos que en un acto electoral se emiten 100.000 votos, de los cuales el partido *A* obtiene 33.000 votos, el *B* 30.000, el *C* 22.000 y el *D* 15.000, siendo diez los cargos electorales en disputa. Aplican-

do el sistema de representación proporcional en su forma pura, tendremos que al partido *A* le corresponden tres cargos, al *B* tres, al *C* dos y al *D* uno, quedando un cargo vacante. Mediante la aplicación de la variante que describimos, la adjudicación del cargo vacante se hará de la manera siguiente:

$$\text{Partido } A = 3 + 1 = 4; 33.000 / 4 = 8250$$

$$\text{Partido } B = 3 + 1 = 4; 30.000 / 4 = 7500$$

$$\text{Partido } C = 2 + 1 = 3; 22.000 / 3 = 7333$$

$$\text{Partido } D = 1 + 1 = 2; 15.000 / 2 = 7500$$

El cargo electoral vacante se asigna al partido *A*, pese a que tendrá un escaño por cada 8250 votantes, mientras que el partido *D* tendrá sólo un escaño sobre la base de 15.000 votos, alcanzando un cociente electoral superior al del partido *A*.

### 325. SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL CON REMANENTE MAYOR

En esta variante, los cargos vacantes se asignan por orden a las agrupaciones políticas que cuenten con un remanente mayor de votos.

Esta distribución de los cargos electorales beneficia a los partidos minoritarios, que en algunos casos no alcanzan a cubrir el cociente electoral con su caudal de votos.

### 326. SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL D'HONDT

De las diversas variantes que ofrece el sistema de representación proporcional, el mecanismo creado por d'Hondt es el más complejo y el que mejor refleja la representación de las fuerzas electorales en proporción a su importancia.

El total de los votos que obtiene cada partido político se divide por 1, 2, 3, y así sucesivamente hasta el número que coincida con la cantidad de los cargos electorales. Los cocientes obtenidos se ordenan de mayor a menor, y de ellos se considera divisor común al cociente cuyo número de orden coincide con el número de los cargos electorales. Se divide el total de los votos de cada partido por ese divisor común, y el resultado de la operación indicará el número de cargos electorales que corresponden a cada una de las agrupaciones políticas.

Supongamos que hay cinco cargos vacantes, y que el partido *A* obtiene 40.000 votos, el *B* 33.000, el *C* 28.000 y el *D* 18.000. Los cocientes serán:

Partido *A* = 40.000 (1); 20.000 (2); 13.333 (3); 10.000 (4); 8000 (5)

Partido *B* = 33.000 (1); 16.500 (2); 11.000 (3); 8250 (4); 6600 (5)

Partido *C* = 28.000 (1); 14.000 (2); 9333 (3); 7000 (4); 5600 (5)

Partido *D* = 18.000 (1); 9000 (2); 6000 (3); 4500 (4); 3600 (5)

El cociente que se transforma en divisor común es el que, en el orden de mayor a menor, ocupa el quinto lugar, es decir 18.000. Ese divisor común está comprendido dos veces en el caudal de votos del partido *A* y una vez en los partidos *B*, *C* y *D*.

Esta variante del sistema de representación proporcional tiende a beneficiar a los partidos mayoritarios, disminuyendo su índice de representatividad cuando junto a una agrupación de ese tipo participan en el proceso electoral varios partidos pequeños cuyo caudal electoral, en conjunto, supera con exceso al del partido mayoritario.

### 327. SISTEMA DE VOTO ÚNICO TRANSFERIBLE

Se trata de un sistema de representación proporcional que permite la redistribución de los votos conforme al sistema mayoritario de voto alternativo.

Cada elector tiene un voto, que podrá destinar solamente a un candidato, con prescindencia del número de los cargos electorales. En el acto de votar puede, simultáneamente, detallar en forma ordenada los nombres de otros candidatos a los cuales se destinará su voto para el supuesto de que el primero de ellos no resulte elegido. Una vez establecido el cociente electoral, son elegidos aquellos candidatos que obtuvieron un número de votos igual o superior a dicho cociente, y los votos que en primer término fueron destinados al candidato o candidatos que obtuvieron el menor número de votos se asignan a la segunda preferencia, y así sucesivamente hasta cubrir todos los cargos electorales.

Este sistema presenta la ventaja de brindar mayor libertad a los electores, ya que no son necesarias las listas partidarias. Los electores se pueden apartar del orden establecido por los partidos políticos y también volcar sus preferencias por candidatos independientes. Sin perjuicio de estas bondades, la complejidad del sistema dificulta su aplicación en aquellos ordenamientos políticos donde el

proceso electoral es definido por la gravitación de los partidos políticos (1047).

Además de los sistemas electorales descriptos existen otros, aunque en su mayoría se trata de sistemas que no tuvieron aplicación (1048).

### 328. LA REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL EN EL SISTEMA ELECTORAL ARGENTINO

El sistema electoral de representación proporcional tuvo y tiene amplia difusión en el derecho electoral argentino. Superada la controversia sobre la constitucionalidad del sistema, por la cual se pronunció la generalidad de la doctrina nacional (1049), se aplicó por primera vez en el orden nacional con motivo de la elección de los convencionales constituyentes de 1957.

Con anterioridad, el sistema había sido establecido por el art. 49 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873, y se aplicó para la elección de los miembros del Concejo Deliberante de la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires.

Por el decreto 7164/62 y el decreto-ley 260/63, se dispuso la aplicación del sistema de representación proporcional, con la variante d'Hondt, para la elección de las autoridades nacionales que tuvo lugar en el año 1963. A partir de entonces se mantuvo el sistema en la elección de diputados nacionales, electores de presidente y vicepresidente y electores de los senadores por la Capital Federal. Actualmente, debido a la reforma constitucional de 1994, subsiste sólo para la elección de diputados nacionales.

El art. 160 del Código Electoral Nacional (ley 19.945) contiene una cláusula limitativa. Dispone que no participarán en la asignación de cargos aquellas listas partidarias que no obtengan un mínimo del

---

(1047) CARLOS S. FAYT, *Sufragio y Representación Política*, p. 59, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires 1961. Este sistema se aplicó en Irlanda y Tasmania.

(1048) Con la salvedad del sistema Sainte Lague, podemos incluir en este grupo a los sistemas de voto acumulativo, voto gradual, sistema Dietz, sistemas de repartos múltiples.

(1049) Entre los autores que sostuvieron la inconstitucionalidad del régimen de representación proporcional cabe citar la opinión de JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, para quien la simple pluralidad de sufragios exigida por el artículo 37 de la Constitución impone que el escrutinio se realice por persona y no por lista (*Derecho Constitucional Argentino*, t. II, p. 356, ob. cit.).

3% de votos del padrón electoral del distrito correspondiente. La razonabilidad de la limitación impide su cuestionamiento constitucional.

El sistema tiene dos objetivos: 1) brindar representación a los partidos políticos en proporción a su fuerza electoral; 2) asegurar la adecuada representación de las minorías.

Como toda obra humana, presenta ventajas e inconvenientes, siendo, como tal perfectible. Entre las ventajas, podemos citar: 1) responde a un principio de justicia, al otorgar a cada partido político una representación que guarda relación con su caudal electoral; 2) en la Cámara de Diputados permite reflejar todas las tendencias políticas del cuerpo electoral y en proporción a su intensidad; 3) respeta equitativamente los derechos de las mayorías y de las minorías.

Frente a estas bondades del sistema, se citan como inconvenientes: 1) impone la tiranía del partido político, al obligar al votante a pronunciarse por la lista íntegra de una agrupación política; 2) fomenta la división de los partidos políticos; 3) produce una incomunicación entre los electores y los elegidos, cuya nominación y designación depende de la voluntad partidaria y no de los electores, quienes con frecuencia desconocen las calidades personales de muchos de los candidatos.

Es cierto que el sistema de representación proporcional se adecua a una realidad de la vida política argentina, como lo es el rol preponderante que desempeñan los partidos políticos en el proceso electoral. Pero también es cierto que, en un marco valorativo, la aplicación de este sistema dista de la perfección representativa, al restringir la libertad de elección de los ciudadanos, en particular la de aquellos que no están plenamente identificados con algún partido político.

Los partidos políticos no solamente monopolizan la selección de los candidatos, sino que el sistema obliga además al votante a pronunciarse por la lista íntegra de candidatos ofrecida por una agrupación y conforme al orden de candidaturas en ella establecido. El elector no puede modificar el orden de una lista, ni incorporar a ella a alguno o algunos de los candidatos propuestos por los restantes partidos políticos. Se trata de una consecuencia común a todo sistema de lista cerrada, que repercute negativamente sobre el grado de representatividad del sistema electoral.

Si bien la corrección de estos defectos puede conducir a la aplicación de técnicas relativamente complejas, semejante dificultad se diluye frente a los importantes avances tecnológicos registrados en materia de escrutinio electoral.

### 329. VOTO DE PREFERENCIA

Una de las alternativas que permite paliar los defectos que presenta la representación proporcional de lista cerrada, es el voto de preferencia (1050), que otorga libertad al elector para seleccionar a los candidatos modificando la composición de las listas confeccionadas por los partidos políticos.

Una de tales alternativas, que procura rescatar las bondades de la representación proporcional y remediar sus defectos suprimiendo las listas cerradas, permitiendo a los electores modificar el orden contenido en ellas y sustituir los nombres consignados, es el sistema de lista abierta preferencial que propiciamos. Cada elector tiene un voto que destinará a una lista de candidatos cuyo número es igual al de cargos a cubrir. El elector podrá aceptar íntegramente la lista propuesta por un partido, modificar el orden en que son propuestos los candidatos o sustituir alguno o todos los candidatos ofrecidos por un partido con los nombres de los candidatos pertenecientes a otros partidos.

A cada candidato le corresponde un puntaje en función del número de orden que figura en la lista votada por el elector. El puntaje asignado al candidato que encabeza una lista será igual al número de cargos electorales a cubrir, y se reducirá en una unidad para cada candidato siguiente, de modo que el último candidato de la lista tendrá asignado un punto. En el escrutinio se suman los puntos obtenidos por cada candidato, resultando electos aquellos que obtengan el mayor puntaje.

En este sistema, los resultados son iguales a los de la representación proporcional por lista cerrada si los electores no modifican el orden propuesto por los partidos, votando íntegramente una lista partidaria. Las variaciones se operarán en la medida en que se modifique ese orden y las propuestas de candidatos efectuadas por los partidos, con la ventaja de que cada elector podrá fijar un orden de preferencia con aquellos candidatos que considere más apropiados para cubrir los cargos electorales, cualquiera sea el partido político que los proponga.

Otra variante para hacer efectivo el voto de preferencia sin apartarse del sistema de representación proporcional, está contemplado en un proyecto de ley presentado por el jurista Jorge R. Vanossi en su carácter de diputado nacional en 1988. Cada votante debe elegir

---

(1050) JORGE R. VANOSI, *Otra vez la cuestión electoral: hacia el voto de preferencia*, LA LEY, 1988-E, 910.



una lista partidaria, pudiendo cambiar el orden de los candidatos y sustituir a los propuestos por los candidatos de otras agrupaciones políticas. El escrutinio se efectúa por listas y, conforme al sistema de representación proporcional, se determina el número de bancas que corresponde a cada partido. Luego, para determinar cuáles son los candidatos de cada partido para ocupar las bancas que le son asignadas, se consideran los votos que individualmente hubiesen obtenido, cualquiera fuera la lista en donde estuviesen consignados, resultando electos los destinatarios del mayor número de preferencias.

Otra modalidad del voto de preferencia, relacionada con el sistema anterior, consiste en limitar la potestad del votante a modificar el orden de los candidatos que integran una lista partidaria asignando su preferencia a un candidato. Ese candidato tendrá dos votos al momento de establecer el orden definitivo de la lista.

Estas variantes del voto de preferencia, desbloquean las listas partidarias, otorgando mayor libertad al elector y, consecuentemente, mayor representatividad al sistema electoral. Sin embargo, la gravitación de la representación partidaria en la segunda es mayor que en la primera de las variantes, por cuanto es posible que por aplicación del primer escrutinio un partido no obtenga bancas y, sin embargo, uno o algunos de sus candidatos pueden ser beneficiados por una amplia mayoría de preferencias consignadas en otras listas partidarias. En tales casos, esos candidatos no resultarán electos conforman a la segunda variante, mientras que en la primera de las variantes sí lo serán, en función del puntaje obtenido.

### 330. SISTEMA DE LEMAS

El sistema conocido como "ley de lemas", es una variante de la representación proporcional que conlleva una elección partidaria interna y una elección general.

Cada partido político puede presentar varias listas de candidatos denominadas sublemas. Los votos obtenidos por los sublemas se suman para determinar el total de votos que obtuvo cada partido político y el total de candidatos por esa agrupación que resultan electos conforme al sistema de representación proporcional. A su vez, para individualizar a los candidatos electos por cada partido político, se aplica ese sistema de representación proporcional entre sus sublemas.

Este sistema que rigió en el Uruguay, fue adoptado desde 1984 por varias provincias argentinas para las elecciones locales. Sus even-

tuales bondades, al permitir la participación de los electores en la contienda interna partidaria, quedaron desvirtuadas en la práctica. La presentación de numerosos sublemas conspiró contra la unidad partidaria fomentando su fragmentación. Por otra parte, muchas veces el elector advertía la desnaturalización de su voluntad al resultar electos con su voto candidatos que no habían merecido su aprobación, con la consecuente pérdida de representatividad del sistema.

Este sistema puede ser tachado de inconstitucional porque, además de desvirtuar la voluntad del elector trasladando su voto a personas o listas que no fueron por él votadas, tampoco se adecua al art. 45 de la Ley Fundamental para la elección de diputados nacionales, pues los electos no siempre lo son por la simple pluralidad de sufragios (1051).

### 331. PARTIDOS POLÍTICOS. CONCEPTO

Los partidos políticos son asociaciones de individuos, de carácter permanente, que agrupan a una parte de la ciudadanía unida por un conjunto de ideas políticas comunes, con la finalidad de conquistar el poder para aplicar esas ideas, o de controlar el ejercicio del poder para que la acción de los gobernantes y de las fuerzas políticas no se aparte de ellas.

Si bien la incorporación de los partidos políticos a algunos textos constitucionales es relativamente reciente, no acontece lo propio con las referencias a ellos contenidas en la doctrina constitucional. Ya las encontramos en la antigüedad, y con mayor intensidad desde el siglo XVIII, aunque muchas veces sin distinguirlos de las facciones políticas y de los grupos de presión.

A diferencia de los partidos, las facciones carecen de una organización y un programa estables, respondiendo a intereses particulares y esencialmente limitados en el tiempo. A su vez, los grupos de presión no aspiran a gobernar asumiendo la responsabilidad correspondiente, sino a obtener decisiones gubernamentales específicas y favorables a los intereses sectoriales que representan.

Sin embargo, en la actualidad, tal confusión no se ha disipado totalmente, y en algunas oportunidades se prosigue asignando la condición de partidos políticos a simples grupos de interés, de pre-

---

(1051) Conf. MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, p. 546, ob. cit.

sión, de opinión, o a facciones, sin advertir la separación que media entre ellos. Es que, aplicando un enfoque jurídico, se consideran como partidos políticos a ciertas agrupaciones que reciben tal denominación por obra de la ley, pero que solamente participan con aquellos en el objetivo común de conquistar el poder, lo que puede agotar a una facción, pero nunca a un partido político.

Los partidos políticos consisten en la manifestación organizada de las fuerzas sociales cuya agrupación se realiza en torno de una idea política básica con el objeto de difundirla y conseguir que la acción gubernamental esté presidida por ella.

Respondiendo a esa meta global, los partidos políticos desarrollan una actividad encaminada al análisis y a la propuesta de soluciones para los problemas que pesan sobre la sociedad; la conquista del poder; ofrecer a los electores los candidatos para ocupar los cargos gubernamentales; formar dirigentes políticos; participar en el proceso político y en el ejercicio del poder, brindando su apoyo o formulando reparos a la política desplegada por el gobierno; controlar el ejercicio del poder; instruir al electorado; desarrollar y preservar la unidad nacional (1052).

No son creaciones legales, aunque estén sujetos a una regulación legislativa. Son manifestaciones de la conducta social que canalizan las aspiraciones e inquietudes políticas de los individuos y los grupos sociales. Su existencia es anterior a la ley que, al reconocerlos, no hace más que institucionalizar una realidad. La legalización o constitucionalización de los partidos políticos marca uno de los supuestos en que se opera la capitulación del derecho ante la vida política.

Soslayando las críticas, así como también los elogios, hoy se acepta que un sistema político no puede funcionar en forma estable sin partidos políticos, tanto en un sistema democrático constitucional como en un sistema autocrático.

En aquellos sistemas políticos donde por imposición de una norma legal se prohíbe la presencia de los partidos políticos, tal objetivo sólo se consigue formalmente. Las leyes pueden prohibir los partidos políticos, pero no pueden impedir su existencia en el marco social. Ello obedece a que los partidos políticos son una consecuencia de la lucha política, del instinto dominante del hombre y de la expresión, dentro de la sociedad global, de distintos enfoques por cuyo intermedio se pretenden solucionar sus problemas.

---

(1052) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. II, p. 335, ob. cit.

El campo más propicio para el desarrollo de los partidos políticos es la sociedad pluralista, en la cual el pluripartidismo concreta una lucha competitiva por la conquista del poder en forma abierta y pública, que concluye con el triunfo de los más capaces en la actividad política agonal.

En la sociedad uniforme, esa lucha no desaparece, sino que es cerrada y oculta, quedando restringida a un número reducido de ciudadanos que son los dirigentes del partido único sobre cuya estructura se consolida la concentración del poder como presupuesto indispensable para la subsistencia del sistema autocrático. En los partidos únicos la lucha política se expresa dentro del partido mismo, y sus protagonistas se preocupan por forjar una imagen favorable frente a la ciudadanía. La lucha por el poder se concentra dentro del partido, y quien conquista el partido conquista el poder en el Estado. Quien dirige el partido, conducirá también la política del Estado, ya que existe una real identificación entre el partido y el Estado.

En un sistema pluripartidista, la competencia no se limita a los dirigentes de un partido, sino que se extiende a la competencia entre los partidos. Mientras que en los sistemas de partido único los dirigentes partidarios sólo valoran el juicio de los afiliados al partido o de la personalidad que los domina, en los sistemas pluripartidistas la valoración se extiende al electorado, y en particular a los ciudadanos que no están afiliados a los partidos y que, mediante su voto, definen el resultado de una elección.

A diferencia de lo que ocurre en un sistema de partido único, en el pluripartidismo quien controla un partido no controla al Estado. En el primer caso, el partido se identifica con el Estado; en el segundo el partido se identifica solamente con una parte de la sociedad. En realidad, cuando existe jurídicamente el partido único, habrá un sistema sin partidos, un apartidismo de hecho, ya que si la palabra partido significa una parte del todo, y no hay partes, sino unidad, no podrá haber un sistema de partidos (1053).

Los partidos políticos son manifestaciones necesarias del comportamiento político del hombre. Frente a la diversidad de los problemas de toda índole que pesan sobre la sociedad, no hay coincidencia acerca de las soluciones. Si esa coincidencia no se presenta para solucionar los problemas de grupos sociales reducidos, con mayor razón no se presentará en las sociedades globales.

---

(1053) GIOVANNI SARTORI, *Aspectos de la Democracia*, p. 97, ob. cit.

Sin embargo, como la sociedad no puede permanecer estancada y como el dinamismo de la vida social impone la necesidad de solucionar sus problemas como presupuesto de subsistencia, las diferentes opiniones convergen en la acción de los gobernantes respondiendo a uno o a varios partidos, cuyas ideas adoptan como resultado de la lucha partidaria, sin descalificar las provenientes de las fuerzas opositoras. Así, Alberdi destacaba que *"El presidente de un partido no es el presidente de la nación, ya que el partido sólo representa una parte del país. Gobernar con su partido y con lo que no es su partido, eso es gobernar con el país y para el país. Aquel que lo halle impracticable, deje de hablar de self government, de soberanía del pueblo, de sufragio universal, de república, de democracia y confiese lo que es: un turco digno de mandar a mahometanos"* (1054). Añadía que *"La divergencia de opiniones, lejos de ser un mal, es un síntoma favorable si ella se manifiesta por la discusión desarmada. El mal no reside en la división de pareceres, sino en el modo de conducirlos; los hombres civilizados no se matan por la razón de que no se entienden; los bárbaros, los hombres de atraso, se dan de balazos porque no piensan del mismo modo. Luchar, pero luchar dentro de la ley, luchar sin armas y sin sangre, es toda la vida en libertad"* (1055).

Esta representación de la lucha por el poder que genera el pluripartidismo suele ser la fuente de las críticas más intensas que se le formulan a los partidos políticos, olvidándose con lamentable frecuencia que la inmoralidad, la corrupción, el escándalo o la indecencia que puede provenir de la lucha partidaria no es imputable a los partidos políticos, sino, eventualmente, a la ambición de los hombres y a su ansia de dominación, que superan los límites de cualquier sistema de partidos. Desconocer que la agrupación con fines políticos responde a la naturaleza humana, conduce a la creación de sistemas artificiales de representación y de participación política, cuya vigencia está condicionada a la eficacia de las fuerzas represivas que ahogan las manifestaciones humanas fundadas en la libertad.

### 332. CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONES

Los partidos políticos no son comunidades, sino sociedades constituidas voluntariamente para alcanzar un fin político determinado. Si bien existe una tendencia natural que conduce a la agrupación de los individuos que participan de ideas políticas comunes, respon-

---

(1054) JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Obras Completas*, t. VII, p. 78, ob. cit.

(1055) JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Obras Completas*, t. X, p. 308, ob. cit.

diendo en cierto modo a una manifestación del instinto de conservación, esa agrupación no asume el rol de partido político hasta que concrete una organización sólida que le brinde estabilidad.

La asociación, para ser un partido político, debe ser permanente y no transitoria. El partido no condiciona su constitución ni su subsistencia a un acto electoral o únicamente a la conquista del poder, sino que pretende perdurar indefinidamente como custodio de una idea política común.

Esa permanencia es la que distingue a los partidos de las facciones políticas, ya que el objetivo de estas últimas es alcanzar el poder para satisfacer las aspiraciones personales de sus integrantes.

Peró una vez alcanzado tal objetivo, la facción se disuelve, pudiendo eventualmente renacer con motivo de una nueva contienda electoral, de un golpe de estado o de cualquier acontecimiento susceptible de provocar un cambio en la composición gubernamental. Aquí no hay una idea política básica, doctrina o ideología, sino la simple y única finalidad de conquistar el poder que, al quedar satisfecha o frustrada, deja desprovista a la facción de la causa que le dio origen.

El móvil determinante de la agrupación en un partido político es una idea, y el móvil determinante de su actuación posterior es la conquista o el control del poder. Sin idea política, doctrina o ideología no hay partido político. No es necesario que ella sea originaria o exclusiva de una agrupación. Es suficiente su presencia y que pueda servir de base para desarrollar las diversas soluciones concretas a la infinidad de problemas que pesan sobre la sociedad y el Estado.

La finalidad primaria del partido político, en función de la cual se organiza su actuación, es la conquista del poder; el acceso al gobierno para aplicar el programa forjado sobre la base de la idea política que determinó la agrupación de un conjunto de individuos.

A diferencia de los grupos de presión y de los factores de poder, que no aspiran a gobernar ni a asumir la responsabilidad por los actos gubernamentales, sino a obtener del gobierno respuestas satisfactorias para sus intereses sectoriales, los partidos políticos buscan el gobierno y asumen públicamente la responsabilidad por los actos gubernamentales. Asimismo, y hasta tanto no conquiste el poder, el partido político desarrolla simultáneamente una segunda actividad, que consiste en controlar y fiscalizar la actuación del gobierno.

Los elementos constitutivos que necesitan los partidos políticos para subsistir y alcanzar sus objetivos, se reducen a dos. En primer

lugar, necesitan de una organización, de una estructura que les permita desenvolverse orgánicamente. En segundo lugar, requieren un programa en el cual se expresen las innumerables aplicaciones prácticas de su idea motriz y la forma de llevarlas a cabo.

El desarrollo de la actividad partidaria para el logro de su objetivo básico determina que los partidos políticos den cumplimiento a una serie de funciones:

- 1) Detectar los problemas que presentan la sociedad y el Estado, y proponer las soluciones que deben ser aplicadas para remediarlos.
- 2) Educar políticamente a los ciudadanos, generando el interés de participación en la vida política, para que asuman el rol de protagonistas y no de simples espectadores del proceso político.
- 3) Actuar como intermediarios entre la ciudadanía y los grupos de opinión, por una parte, y el gobierno por la otra, transmitiendo las necesidades e inquietudes de aquellos y controlando las respuestas gubernamentales a las demandas de la sociedad.
- 4) Controlar al gobierno para que no se aparte o no lesione la idea motriz del partido, función esta última que corresponde tanto a los partidos de oposición como al propio partido oficialista cuando advierte que los gobernantes se apartan del programa político trazado.
- 5) Formar dirigentes políticos y proponer a los candidatos para ocupar los diversos cargos electorales, haciéndolos conocer por la ciudadanía mediante su proyección a la vida pública.

### 333. EL ROL DE LA OPOSICIÓN

La esencia de una sociedad pluralista es la disparidad de opiniones y criterios acerca de las políticas a implementar o de los medios a utilizar para el logro del bien común. Su presencia, fruto de la libre exteriorización del pensamiento, nos permite distinguir objetivamente a una sociedad democrática de una autocrática.

En la primera, imperan la tolerancia y el respeto recíproco, que permiten la confrontación de opiniones opuestas de manera permanente y sin que ello perturbe el normal funcionamiento del sistema político democrático, cuya base no es, paradójicamente, el consenso, sino el disenso institucionalizado; es decir, la vigencia de una

regla de juego por todos aceptada, según la cual corresponde ejecutar la voluntad de la mayoría con pleno respeto por la voluntad de la minoría. El consenso recae sobre las reglas de juego, pero no sobre las políticas a implementar desde el gobierno.

La libre exteriorización de esas opiniones y criterios dispares, propios del pluralismo, reviste relevante importancia, porque posibilita el efectivo funcionamiento de un mecanismo de control ante la actividad gubernamental. Junto con los controles clásicos resultantes de la *separación de las funciones del poder y su distribución entre los órganos del gobierno*, aparece esta especie de control vertical que impide la concentración del poder en los gobernantes, con su secuela inevitable de ejercicio abusivo o autocrático.

A diferencia de los partidos políticos oficialistas, que brindan su apoyo a la política gubernamental, los partidos de oposición suelen propiciar el cambio y la reforma de la política gubernamental, lo cual permite otorgar un mayor dinamismo a la vida social. Claro está que la actuación práctica, tanto de los partidos oficialistas como de los de oposición, puede conducir a resultados negativos. Tal es lo que ocurre con la corrupción gubernamental, cuya erradicación pueden bloquear los partidos oficialistas cuando defienden la subsistencia del estado de cosas con tal de preservar su cuota de poder, y con el dogmatismo inflexible en que pueden incurrir los partidos de oposición, que los lleva a propiciar el cambio por el cambio mismo, sin ponderar debidamente la situación general y la idea política dominante en la sociedad, así como también a obstruir el funcionamiento del Estado con prácticas desleales que descalifica la ética republicana.

Si bien la meta principal que impulsa a todo partido político es el acceso al poder para ejecutar el plan político que le sirve de base, también tiene otra finalidad, no menos importante, que es la de desplegar una actividad de control sobre el ejercicio del poder por parte de los gobernantes.

Los partidos políticos no oficialistas toman a su cargo la responsabilidad de ejercer la oposición, lo que en una sociedad auténticamente pluralista es tan importante como la responsabilidad de asumir el ejercicio del gobierno. Es que desarrollar la oposición no significa obstruir arbitrariamente, sino participar en el gobierno de la comunidad mediante la formulación de una crítica constructiva que es indispensable para el funcionamiento correcto de un gobierno representativo de todos los intereses sociales, mediante la propuesta de alternativas concretas, reales y posibles, que se aparten del dogmatismo utópico.



Los partidos políticos son verdaderos censores institucionalizados del gobierno y guardianes de los derechos y anhelos del pueblo que aspiran a representar. Sin la fiscalización de una oposición, el gobierno no tendría límites para hacer lo que quisiera, porque la ausencia de oposición es una situación propia de los sistemas políticos autocráticos, en los que opera la concentración del poder, precisamente, por la inexistencia de disparidad en las opiniones políticas formuladas en forma pública y libre.

Muchas veces se ha criticado injustamente el rol de la función opositora, olvidando que su eficacia depende del grado de cultura y responsabilidad cívica de la ciudadanía.

Los partidos políticos y sus dirigentes no brotan por generación espontánea, sino que surgen del propio pueblo, con todas sus virtudes y con todos sus defectos. Un pueblo cívicamente poco evolucionado no puede pretender gobernantes y dirigentes superiores a su propio nivel. Un pueblo de escaso nivel cívico no solamente tendrá partidos políticos deficientes, sino que también tendrá gobernantes ineptos, y ello ocurrirá aunque se supriman los partidos políticos (1056). De modo que la mayor o menor eficiencia de la oposición no dependerá de los partidos políticos, sino del grado de cultura cívica de una sociedad política y de sus dirigentes.

### 334. CLASIFICACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Se han aplicado numerosos criterios para la clasificación de los partidos políticos, muchos de los cuales han perdido vigencia como consecuencia de la permanente evolución que se opera en las estructuras sociales.

Entre estos últimos, podemos citar aquellos que consideran como fundamento de la agrupación partidaria a los móviles psicológicos que impulsan a los individuos. La defensa de ciertas tradiciones, costumbres o intereses económicos ha perdido en las sociedades contemporáneas la intensidad que revistiera en otros momentos como factor de agrupación. El dinamismo social y la creciente flexibilidad que se advierte en la estratificación de los grupos humanos, determinan la presencia de impulsos heterogéneos que impiden la tipificación de los sectores en que tradicionalmente se dividían las sociedades para caracterizar la composición y funcionamiento de los partidos políticos modernos.

---

(1056) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VIII, p. 201, ob. cit.

### 335. GRANDES Y PEQUEÑOS PARTIDOS POLÍTICOS

Los partidos políticos, en función de sus metas y actividad, pueden ser clasificados en grandes y pequeños (1057).

Los primeros son aquellos que, respondiendo a principios generales, procuran concretar ideas globales que superan los intereses particulares y sectoriales.

Los segundos, responden al egoísmo resultante del interés particular o sectorial, generador de intensas pasiones sociales que se traducen en un lenguaje violento e irracional.

Los grandes partidos son impulsados por conductas que tienden a institucionalizar una nueva idea política dominante o preservar la vigente, mientras que los pequeños partidos persiguen satisfacer los intereses personales de sus componentes, acudiendo a procedimientos que muchas veces los alejan de la categoría de partido político para aproximarlos a la de facción política.

### 336. PARTIDOS DE OPINIÓN Y PARTIDOS DE MASA

Los partidos de opinión son aquellos que otorgan a sus integrantes un marco razonable de libertad política que les permite aceptar las ideas emitidas por otros partidos sin que ello se traduzca en fracturas internas ni en sanciones disciplinarias. La tolerancia política que impera en ellos es consecuencia de su estructuración sobre principios sociales de tolerancia, que los impulsan a una confrontación permanente y necesaria con las restantes agrupaciones políticas a través de reglas de juego que requieren la presencia de una oposición interna.

La concepción democrática constitucional que preside el funcionamiento de los partidos de opinión no se refleja en los partidos de masa, donde el accionar de sus componentes está sujeto a los principios de una ideología rigurosa y de una disciplina partidaria estricta que no admite el disenso. La intolerancia doctrinaria de los partidos de masa conduce a una lucha que persigue la destrucción de la oposición y la consolidación del partido en el monopolio del proceso del poder (1058).

---

(1057) ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La Democracia en América*, p. 221, ob. cit.

(1058) GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, t. I, p. 433, ob. cit.

### 337. PARTIDOS OFICIALISTAS Y PARTIDOS OPOSITORES

La clasificación de los partidos políticos en oficialistas y opositores puede responder a dos enfoques. Según un enfoque formal, son oficialistas aquellos partidos cuyos integrantes ocupan los cargos gubernamentales presidiendo la conducción política del gobierno. En cambio, conforme a un enfoque realista, son partidos oficialistas todos aquellos que brindan su apoyo a la política global del gobierno, aunque sus integrantes no formen parte de los roles gubernamentales.

También son considerados partidos oficialistas aquellos cuyos miembros han conquistado el poder desarrollando una política que aspira a consolidar o conservar las ideas políticas del grupo que los aglutina. Son partidos opositores, en cambio, aquellos que no comparten la política gubernamental, propiciando cambios y la reforma de la situación forjada o aceptada por las agrupaciones oficialistas (1059).

### 338. PARTIDOS DE DERECHA, CENTRO E IZQUIERDA

Usualmente, los partidos políticos se clasifican en partidos de derecha, centro e izquierda. Se trata de una clasificación elaborada en el parlamentarismo francés del siglo XIX, que tomaba como punto de referencia la ubicación de los legisladores en el recinto de sesiones. A la izquierda se situaban los parlamentarios reformistas e intransigentes, mientras que a la derecha lo hacían los miembros de agrupaciones conservadoras y moderadas.

Esta clasificación, aplicada en los sistemas democrático constitucionales, tipifica a los partidos de izquierda y derecha como agrupaciones extremistas que, de manera radical, propician implantar ideologías fascistas o nacionalistas antidemocráticas los segundos, o una ideología de tipo comunista o socialista antidemocrática, los primeros. También se suele presentar a los partidos de derecha como agrupaciones conservadoras, y a los partidos de izquierda como agrupaciones revolucionarias.

En cambio, los partidos de centro procuran forjar un equilibrio entre las tensiones sociales, proyectando una línea evolutiva de cambio de las estructuras políticas y de la legislación conforme a la idea política dominante en la sociedad.

---

(1059) SIGMUND NEUMANN, *Partidos Políticos Modernos*, p. 602, Ed. Tecnos, Madrid 1965.

Si bien se trata de una clasificación usualmente aceptada, carece generalmente de rigor científico.

El pluralismo imperante en la sociedad también suele manifestarse en el seno de un partido político forjando grupos que se denominan de derecha o izquierda, y cuya preeminencia hará variar la calificación clásica atribuida a esa agrupación política. Por otra parte, y en función de la idea política dominante en una sociedad, una agrupación calificada de izquierda en ella puede ser de derecha en otra sociedad.

### 339. PARTIDOS CONSTITUCIONALISTAS Y AUTOCRÁTICOS

Considerando su organización, funcionamiento interno y externo, así como también la idea política motriz, los partidos políticos pueden ser clasificados en constitucionalistas y autocráticos.

Los partidos constitucionalistas son aquellos que responden a la doctrina política, económica y filosófica del movimiento constitucionalista, que concibe a la persona humana como fundamento y fin de toda la organización, procurando salvaguardar la libertad y dignidad del hombre frente al ejercicio abusivo del poder.

Los partidos autocráticos persiguen fines transpersonalistas, relegando a un plano secundario la libertad y dignidad de la persona humana que, como tal, no es una finalidad, sino un medio para el logro de fines que, en una escala axiológica, son considerados superiores, tales como la grandeza del Estado, de la nación, la superioridad de una raza, de una religión o de una clase social.

Entre los partidos autocráticos se suele distinguir a los partidos arcaicos, que son agrupaciones desprovistas de fundamentación doctrinaria y constituidas alrededor de una personalidad dominante, un jefe militar carismático o una familia de carácter feudal.

En un sistema político autocrático resulta inadmisibile el funcionamiento de los partidos constitucionalistas. El desconocimiento del pluralismo que tipifica a tales sistemas, configura una barrera infranqueable para que la ley permita el funcionamiento de partidos políticos que propician la destrucción del régimen autocrático.

En un sistema democrático constitucional, basado sobre el reconocimiento del más amplio pluralismo, es inadmisibile que se prohíba la actuación de los partidos autocráticos porque, una decisión en tal sentido, importa alterar la propia esencia del sistema político.

El desarrollo de un partido antisistema, si su actuación se desenvuelve dentro de los cauces de la ley, es un desafío que deben asumir los regímenes democrático constitucionales por tres razones: 1) porque no se puede proclamar la libertad política negando el disenso a quienes se oponen a ella; 2) porque la existencia, y eventual florecimiento del partido antisistema, será consecuencia de la voluntad popular; 3) porque, prohibiendo al partido antisistema, se operará su inevitable crecimiento. La única forma segura de desarticular a un partido antisistema consiste en acudir al debate y la comparación para que, la propia ciudadanía, advierta la irracionalidad humanista de sus objetivos.

Sin embargo, en algunos sistemas democrático constitucionales en transición, fueron prohibidos los partidos antisistema. Entre 1952 y 1956, la entonces República Federal de Alemania, prohibió el funcionamiento de los partidos neonazis y comunistas. Una vez consolidado el régimen democrático, tales prohibiciones fueron dejadas sin efecto. En la Argentina, en varias oportunidades, se prohibió el funcionamiento del partido comunista y se dispuso la proscripción del partido justicialista. Medidas que fueron avaladas, respecto del partido antisistema, por la Corte Suprema de Justicia (1060).

Permitir la actuación de un partido antisistema, a igual que respecto de cualquier agrupación política, en modo alguno significa avalar su desenvolvimiento al margen de la ley. Si una agrupación política acude a la violencia, al terror u otros medios ilegales para acceder al poder, corresponderá la aplicación de la ley penal y el retiro de la personería jurídica porque, lo que fue un partido político, se habrá transformado en una asociación ilícita.

### 340. SISTEMAS DE PARTIDOS POLÍTICOS

Sobre la base del desenvolvimiento de los partidos políticos en los diversos sistemas políticos existentes, se formula la tipología de los partidos.

Se distingue entre los sistemas partidistas y apartidistas, según se advierta o no el funcionamiento de los partidos políticos.

El apartidismo es aquel sistema donde no existen los partidos políticos, conclusión a la cual se puede arribar mediante la aplicación de un enfoque jurídico o de un enfoque sociológico.

---

(1060) Caso "Partido Obrero" (Fallos CS 253:133).

En las sociedades políticas modernas es posible advertir la existencia de regímenes desprovistos de partidos políticos, como consecuencia de una norma legal que prohíbe su funcionamiento. Sin embargo, a través de un enfoque sociológico, tal apartidismo se torna artificial, porque la naturaleza política del hombre genera la existencia de diversas agrupaciones políticas que funcionan al margen de la ley y de manera clandestina.

A través de un enfoque sociológico se podría verificar la real inexistencia de partidos políticos, aunque en los hechos se trata de una hipótesis imposible, porque todo sistema político apartidista está destinado a sucumbir.

En cuanto al apartidismo legal, la subsistencia del sistema político está condicionada a la existencia de alguna agrupación política que, aunque no reciba la denominación de *partido político*, tendrá por objeto consolidar doctrinariamente al régimen mediante el cumplimiento de las funciones propias de un partido político.

Los sistemas partidistas se clasifican en unipartidistas y pluripartidistas.

En los sistemas unipartidistas funciona solamente un partido político. La existencia de un sistema de partido político único sólo es posible si por disposición legal, o por las vías de hecho, se autorizara el funcionamiento de un partido político, quedando inhabilitada la manifestación de otras agrupaciones políticas cuyo funcionamiento se concrete en la clandestinidad.

No se debe confundir el partido único con el partido dominante. El primero es aquel que ejerce un monopolio legal, o impuesto coactivamente en los hechos, de la actividad partidaria. En cambio, el partido dominante es aquel que se expresa en un sistema pluripartidista donde la conducta de los electores se vuelca de manera libre y masiva en su beneficio, relegando a un plano secundario la gravitación que pueden ejercer las restantes agrupaciones políticas. En este caso hay concurrencia de varios partidos y preferencia libre del electorado por uno de ellos.

Los sistemas pluripartidistas son aquellos en los cuales se ofrecen las condiciones de hecho y de derecho para el funcionamiento de dos o más partidos políticos.

Los sistemas pluripartidistas, que son propios de los sistemas democráticos, se clasifican en sistemas bipartidistas y multipartidistas.

En los sistemas bipartidistas existen dos grandes agrupaciones políticas que, por voluntad del electorado, se alternan en el ejercicio

del poder, sin perjuicio de la existencia de diversas agrupaciones políticas menores que, por carecer de un caudal electoral estable o importante, no pueden gravitar sobre el proceso del poder.

La existencia del bipartidismo no resulta simplemente de un acto electoral aislado, sino de un proceso relativamente estable, cuya consolidación resulta del funcionamiento, políticamente excluyente, de dos partidos políticos. Por ello, la gravitación transitoria que en un momento dado pueda ejercer una tercera fuerza política, no importa la sustitución del bipartidismo por un sistema multipartidista.

Claro está que el bipartidismo, en el marco de un sistema multipartidista, debe ser espontáneo y no impuesto por vía legal. El bipartidismo legal, como sistema que permite el funcionamiento de dos partidos políticos prohibiendo la manifestación de otras agrupaciones políticas, no se compadece con la libertad del pluripartidismo, constituyendo una categoría cercana a la del partido único.

Los sistemas multipartidistas son aquellos en los cuales se manifiestan tres o más partidos políticos que gravitan sobre el proceso del poder, con una relativa paridad de fuerzas y preferencias del electorado. Es el sistema que se presenta con mayor frecuencia en los sistemas democrático constitucionales.

### 341. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Antes de la reforma constitucional de 1994 que introdujo el contenido del art. 38, la Ley Fundamental no preveía expresamente el funcionamiento de los partidos políticos.

Sin embargo, esa omisión jamás fue interpretada, doctrinaria y jurisprudencialmente, en el sentido que ella los prohibía o que su existencia carecía de jerarquía constitucional. Desde la conformación en 1825 de los primeros partidos políticos nacionales y provinciales, como los partidos Unitario y Federal, se sucedieron diversas organizaciones partidarias hasta la actualidad (1061).

El partido político es esencialmente una asociación, consecuencia del ejercicio de derechos políticos subjetivos. Se trata de una de las especies del género previsto por el art. 14 de la Ley Fundamental, cuando reconoce a todos los habitantes del país el derecho de asociarse con fines útiles.

---

(1061) ISIDORO RUIZ MORENO, *Ensayo sobre los partidos políticos*, p. 4 y sigte., Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires 1998.

Además, atendiendo al rol que desempeñan los partidos políticos en los modernos sistemas democráticos, la constitución y funcionamiento de los mismos están contemplados por el art. 33 de la Ley Fundamental, por tratarse de derechos que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Finalmente, y en atención al rol que desempeñan en un sistema político representativo, los partidos se adecuan a la modalidad impuesta por el art. 1° de la Constitución, así como también a la exigencia de su art. 22 respecto al gobierno por medio de representantes y autoridades creadas por la Ley Fundamental y sus normas reglamentarias.

En esta normativa, si bien los partidos políticos son consecuencia del ejercicio de derechos políticos individuales, específicamente del derecho de asociación con fines políticos, su existencia se proyecta a un plano institucional, siendo elementos e instrumentos necesarios para el funcionamiento de un sistema representativo de gobierno.

A esta tipificación de los partidos políticos, complementada por las leyes reglamentarias que regulan su funcionamiento, es poco lo que añade el actual art. 38 de la Constitución.

Las disposiciones de esa cláusula ya estaban contempladas por la ley 23.298, que es la norma orgánica de los partidos políticos. Sin embargo, la inserción en la Ley Fundamental de tales contenidos impide, en lo sucesivo, el desconocimiento o la desnaturalización de ellos. Así lo establece el art. 28 de la Constitución.

Sobre tal base, la legislación reglamentaria deberá en lo sucesivo garantizar, como lo hace la ley 23.298, las siguientes condiciones mínimas:

1. - Organización y funcionamiento democráticos, mediante la aplicación analógica que, sobre el particular, prevé la Constitución.
2. - Representación de las minorías internas de los partidos.
3. - Competencia para postular candidatos a los cargos públicos electivos. Es importante destacar que la Constitución no le asigna a los partidos el monopolio de semejante función republicana, aunque tampoco impide que el mismo se materialice legislativamente como lo hace la ley 23.298. Consideramos que, cuando más amplia sea la libertad para la postulación de candidatos a cargos públicos, siempre que se realice de manera orgánica y razonable, mayor será la representatividad de los gobernantes sin que ello, claro está, implique la exclu-



sión de los partidos políticos de semejante función. Sin embargo, como excepción a este principio, la nominación de candidatos para ocupar cargos en el Senado de la Nación ha sido reservada por el art. 54 de la Ley Fundamental y en forma exclusiva, a los partidos políticos.

4. - Acceso a la información pública y la difusión de sus ideas, a través de mecanismos que deberá instrumentar el Estado. El Estado, a través de los medios técnicos de comunicación social que se encuentran bajo su esfera de control económico y otras técnicas, deberá fomentar las ideas de todas las agrupaciones políticas aunque, claro está, sin vulnerar los derechos individuales y sociales de los habitantes del país y sin menoscabar el funcionamiento de los medios de prensa de propiedad privada.
5. - Contribuir al sostenimiento económico de las actividades de los partidos políticos y de la capacitación de sus dirigentes. La ley reglamentaria deberá ser redactada con suma prudencia y austeridad republicana para evitar que, en definitiva, el desarrollo de las actividades políticas se constituya en una tarea lucrativa que contribuirá a la promoción de un grupo social privilegiado y su consecuente estratificación social. Los privilegios que eventualmente se le concedan a la llamada "clase política" pueden desvirtuar la esencia republicana del sistema constitucional conduciendo a un régimen oligárquico incompatible con aquél.

El párrafo final del art. 38 dispone que los partidos políticos deben dar a publicidad el origen y destino de sus fondos y patrimonio.

Es una norma que responde a fines similares a los establecidos en el art. 41 de la ley 23.298: dotar de transparencia al movimiento patrimonial de los partidos políticos para posibilitar su conocimiento público. La eficacia del propósito constitucional estará supeditada a un riguroso mecanismo público de control que no ha sido instrumentado hasta el presente.

La ley 23.298, reglamentaria de los partidos políticos, en su art. 1º garantiza a los ciudadanos el derecho de asociación política para agruparse en partidos políticos democráticos, lo cual presupone la invalidez de toda norma que impida la afiliación voluntaria sin causa razonable y de toda norma que imponga la obligación de afiliarse a algún partido o, con mayor razón, de afiliarse a un partido determinado (1062).

---

(1062) GERMÁN BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II, p. 43, ob. cit.

Pero este art. 1° no se limita a reglamentar el derecho constitucional individual de asociación política, sino que también garantiza a los partidos políticos, en su condición de personas jurídicas, el derecho de darse su propia organización, su propio gobierno y su libre funcionamiento.

El derecho de asociación con fines políticos previsto en el art. 14 de la Constitución, y al cual también hace referencia el art. 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no es un derecho absoluto. Como toda libertad expresada en normas positivas constitucionales, está sujeta a una reglamentación razonable, cuyos límites se encuentran en el art. 28 de la Ley Fundamental.

En el derecho positivo argentino, esa reglamentación emana de la ley 23.298 (1963), conocida como ley orgánica de los partidos políticos. Ella establece que los partidos políticos son instrumentos necesarios para la formulación y realización de la política nacional, incumbiéndoles en forma exclusiva la nominación de candidatos para cargos públicos electivos (art. 2°).

Esta última función, si bien no cabe tacharla de inconstitucional, configura una importante restricción para los derechos políticos de los ciudadanos no afiliados a algún partido político, que repercute negativamente sobre el grado de representatividad del sistema electoral.

La ley condiciona la existencia de los partidos políticos a: 1) presencia de un grupo de ciudadanos unidos por un vínculo político permanente; 2) organización estable resultante de una carta orgánica que responda al método democrático, estableciendo elecciones periódicas de autoridades, organismos partidarios y candidatos; 3) reconocimiento judicial de su personería jurídico política (art. 3°). La constatación de estas condiciones, y la aplicación de la ley 23.298 incumbe a los jueces federales con competencia electoral.

Los partidos políticos pueden ser de distrito o nacionales. Partidos de distrito son aquellos que están autorizados para funcionar en

(1963) Las leyes reguladoras de los partidos políticos han seguido los lineamientos del proyecto de Estatuto Orgánico elaborado en 1946 por la comisión integrada por Benjamín Villegas Basavilbaso, Rodolfo Medina, José Manuel Astigueta y Segundo V. Linares Quintana, así como también el proyecto de ley orgánica de los partidos políticos elaborado por Segundo V. Linares Quintana con la colaboración de Héctor R. Orlandi, que fuera sancionado por la ley N° 16.652. Esta ley fue considerada como la más perfecta en la materia por FRANCISCO LEONI (*La Regulación Legislativa del Partido Político*, Editora Nacional, Madrid 1969).

una sola provincia, donde obtienen su reconocimiento judicial. El reconocimiento está condicionado a la adhesión de un número de electores no inferior al cuatro por mil del total de los ciudadanos inscriptos en el registro electoral del distrito correspondiente y hasta un máximo de un millón de inscriptos (art. 7º). Partidos nacionales son aquellos que están autorizados para funcionar en todo el país. Para ello, deben obtener su reconocimiento judicial para actuar en no menos de cinco distritos e inscribirse en los registros de cada uno de ellos, contando con un número mínimo de afiliados en cada provincia similar al requerido para los partidos de distrito (art. 8º) (1064).

La ley también prevé la constitución de confederaciones, fusiones y alianzas transitorias de partidos políticos de distrito o nacionales (art. 10). El reconocimiento de estas últimas se debe realizar, por lo menos, dos meses antes de la elección.

En los partidos nacionales, los partidos de distrito carecen del derecho de secesión, y los organismos de aquellos pueden disponer la intervención de estos últimos. En cambio, el derecho de intervención es inaplicable cuando se trata de una confederación de partidos, los que además pueden ejercer el derecho de secesión (arts. 11 y 12).

El nombre asignado al partido político no debe prestarse a confusiones con los que tienen las agrupaciones ya reconocidas, no pueden contener designaciones personales, ni las expresiones "*argentino*", "*nacional*", "*internacional*", u otras que puedan afectar las relaciones internacionales o que tengan connotaciones raciales, clasistas o religiosas. Cuando se cancela personalidad política de un partido por causa de caducidad, su nombre no puede ser usado por otra agrupación hasta que transcurran cuatro años, y cuando se declara extinguido el partido, la prohibición rige durante ocho años de quedar firme la sentencia judicial respectiva (arts. 13, 16 y 17).

En principio, todos los ciudadanos pueden afiliarse a un partido político. Como excepción, no lo pueden hacer:

- 1) las personas excluidas del padrón electoral;
- 2) el personal superior y subalterno de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas de seguridad de la Nación o de las provincias, en actividad o retirados llamados a prestar servicios;
- 3) los magistrados del Poder Judicial nacional, provincial y tribunales de faltas municipales (art. 24).

---

(1064) En el caso "*Partido de la Revolución Democrática*", resuelto el 9 de diciembre de 2004, la Cámara Nacional Electoral sostuvo que la exigencia de un número mínimo de afiliados era razonable en función del art. 28 de la Constitución.

No se permite la doble afiliación, quedando entendido que la afiliación a un partido implica la renuncia automática a toda afiliación anterior (art. 25).

La ley establece que el padrón de los partidos políticos debe ser público. Deben ser confeccionados por los partidos políticos, o a su pedido, por la Justicia Federal debiendo ser actualizado (art. 27). El carácter público de los padrones determina que la afiliación a un partido político no constituye un dato sensible o íntimo que impida su inserción en un banco de datos informativos, con la consecuente limitación para ejercer la acción de hábeas data (1065).

La ley establece que no pueden ser candidatos a cargos públicos electivos, ni ser designados para ejercer cargos partidarios:

- 1) los excluidos del padrón electoral;
- 2) el personal superior o subalterno de las Fuerzas Armadas de la Nación en actividad o en situación de retiro cuando hayan sido llamados a prestar servicios;
- 3) el personal superior y subalterno de las fuerzas de seguridad de la Nación y de las provincias, en actividad o retirados llamados a prestar servicios;
- 4) los magistrados y funcionarios permanentes del Poder Judicial nacional, provincial y tribunales de faltas municipales;
- 5) los que desempeñasen cargos directivos o fuesen apoderados de empresas concesionarias de servicios y obras públicas de la Nación, provincias o municipalidades, de entidades autárquicas o descentralizadas o de empresas que exploten juegos de azar (art. 33). Se trata, salvo en el último caso, de restricciones razonables a un derecho político individual.

Son incompatibilidades que cesan si las personas alcanzadas por ellas dejan de estarlo antes de la postulación de las candidaturas.

Como no pueden ser candidatos los individuos excluidos del padrón electoral, implícitamente la norma legal se remite al art. 3° de la ley 19.945. Esa norma, que integra el Código Nacional Electoral, excluye del padrón electoral a:

- 1) los dementes declarados en juicio y quienes, sin haber sido objeto de esa declaración, están recluidos en establecimientos asistenciales;

(1065) Sentencia de la Cámara Nacional Electoral del 14 de abril de 2005 en el caso "Sánchez Morteo"; LA LEY, 2005-C, 278.

- 2) los sordomudos que no saben darse a entender por escrito;
- 3) los condenados por delitos dolosos a pena privativa de libertad y por el término de la condena (1066);
- 4) los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el lapso de tres años y, en caso de reincidencia, por el plazo de seis años;
- 5) los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble del término de la sanción;
- 6) los declarados rebeldes en una causa penal, y hasta su cese o prescripción;
- 7) los inhabilitados citados en el art. 33 de la ley 23.298, Orgánica de los Partidos Políticos;
- 8) los inhabilitados para ejercer derechos políticos como consecuencia de otras normas legales.

Cabe destacar que la ley no exige la afiliación a un partido político como requisito para ser postulado candidato por una agrupación política, siempre que tal posibilidad esté admitida por la carta orgánica partidaria (art. 2°).

### 342. FINANCIAMIENTO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Los partidos políticos, como toda entidad que procura concretar los objetivos que determinaron su organización, deben contar con recursos económicos suficientes. Las regulaciones en materia de financiamiento de los partidos políticos se agrupan en tres sistemas: privado, estatal y mixto.

El sistema privado, contemporáneo con el surgimiento de las primeras agrupaciones políticas, consiste en solventar los gastos partidarios con los aportes de sus afiliados, simpatizantes y los recursos que se puedan obtener del sector privado. Si bien éste es el sistema que mejor se adecua al principio de la libertad, plantea ciertos inconvenientes que pueden perturbar el proceso electoral. La asignación de importantes partidas a un partido político por ciertas agrupaciones gremiales o empresarias, unida a las presiones ilícitas ejercidas sobre los ciudadanos, puede desarticular la libre competencia electoral.

---

(1066) Esta sanción resulta excesiva cuando se trata de ciertos delitos, como las calumnias e injurias.

El sistema estatal determina que tales recursos sólo pueden provenir de las arcas del Estado para garantizar la subsistencia de ciertos partidos políticos y permitir que el cumplimiento de sus objetivos se concrete en un relativo plano de igualdad. Este sistema se aplica en los regímenes autocráticos aunque, claro está, priorizando sensiblemente los recursos económicos del partido oficial. Por su parte, en los regímenes democráticos, como la distribución de los fondos la realiza el gobierno de turno, se ha incurrido en prácticas que no se compadecen con la ética republicana beneficiando a ciertos partidos en forma encubierta.

El sistema mixto, al margen de imponer contribuciones estatales, permite a los partidos políticos la percepción de aportes privados. Es, probablemente, el sistema más efectivo empíricamente. Pero, esa efectividad, está supeditada a una eficiente y realista regulación jurídica.

Sobre el particular, resulta ilustrativa la situación que se planteó en la entonces República Federal de Alemania. En 1958, su Tribunal Constitucional, avalando los aportes estatales, consideró que es deber del Estado convocar a elecciones y puesto que, con arreglo a la Constitución, compete a los partidos un papel decisivo en la realización de dicho cometido, debe admitirse que el Estado ponga a su disposición medios financieros, no sólo para las mismas elecciones, sino también para los partidos políticos que son sus protagonistas. Este temperamento determinó que, debido a la presión ejercida por la dirigencia política, se fuera incrementando sensiblemente el aporte estatal con las críticas consecuentes que generó en la población. Fue así que, en 1966, y para acotar la contribución estatal, ese Tribunal entendió que, en un sistema democrático libre, el proceso de formación de la opinión política y de la voluntad popular debe quedar fundamentalmente exento de control o influencia condicionantes del Estado, y que dicho proceso debe desarrollarse desde la base, desde el pueblo, hacia el vértice, hacia los órganos del Estado y no en sentido contrario, desde los órganos estatales hacia el pueblo.

A partir de la regulación orgánica de los partidos políticos en la Argentina, el sistema de financiamiento vigente fue siempre mixto, aunque desprovisto de un control eficiente para dotar de transparencia el movimiento patrimonial de los partidos políticos.

Así lo destacó la Cámara Nacional Electoral al resolver, el 21 de marzo de 2002, el caso *"Incidente de control patrimonial Partido Nacionalista Constitucional"* (1067). Entre otros conceptos, el Tribunal

---

(1067) Fallo Nº 3010/02 suscripto por los jueces Alberto Dalla Vía y Santiago Corcuera.

destacó: *“Que si bien no le corresponde a este Tribunal efectuar juicio alguno en torno a las razones de oportunidad, mérito o conveniencia de las normas legales y reglamentarias que rigen la materia...es inevitable remarcar que el financiamiento mixto —esto es, a través de aportes públicos y privados— que establece nuestro régimen procura un equilibrio tendiente a evitar la excesiva dependencia de los partidos políticos respecto del Estado —por un lado— y la influencia de ciertos sujetos o grupos de interés o presión sobre los partidos o candidatos a los que apoyan, por el otro. Sin perjuicio de ello, no existe limitación alguna a las contribuciones privadas o a los costos relacionados con las campañas electorales llevadas a cabo por las agrupaciones políticas reconocidas en el orden distrital o nacional, y el sistema de control previsto en las leyes vigentes es ciertamente precario o, en algún sentido, altamente deficitario. Que, sin embargo, las características del régimen de financiamiento vigente tornan imperativo que el control patrimonial sea estricto y la publicidad de los ingresos y egresos partidarios detallada y constante. Más aún teniendo en cuenta el estado crítico que presenta el erario público en nuestros días. ...De ello se desprende que además del debido conocimiento respecto de los sectores privados que contribuyen con los partidos políticos, lo que se encuentra en juego es nada menos que el control efectivo sobre la utilización de los recursos pertenecientes al erario público”.*

El articulado de la ley 23.298 que versaba sobre esta materia, fue sustituido por la ley 25.600 de financiamiento de los partidos políticos, sancionada el 23 de mayo de 2002.

Establece que los fondos de los partidos políticos, salvo los destinados a financiar la campaña electoral, deben depositarse en una cuenta bancaria oficial que se registrará ante el Juzgado Federal competente en materia electoral. En cuanto a los fondos afectados a financiar la campaña electoral, se depositarán en otra cuenta bancaria oficial que también se registrará ante esa autoridad judicial.

Todos los gastos de los partidos políticos deberán estar debidamente documentados.

La ley crea un fondo partidario permanente con aportes destinados al desenvolvimiento institucional, capacitación política y a las campañas electorales generales. Ese fondo, que administra el Ministerio del Interior, se constituye con: 1) el aporte anual previsto en la ley de presupuesto; 2) el dinero proveniente de las multas que se recauden por aplicación de la ley; 3) las liquidaciones de bienes pertenecientes a los partidos políticos extinguidos; 4) las donaciones que, con ese destino, se hagan al Estado; 5) los reintegros que hagan las agrupaciones políticas; 6) los aportes privados destinados a ese

fondo; 7) los fondos remanentes de los asignados por la ley 25.600 o la ley de presupuesto.

Anualmente, los recursos disponibles del fondo se distribuirán, en un 20%, por partes iguales entre todos los partidos reconocidos y, el 80% restante, en forma proporcional a la cantidad de votos que obtuvo cada partido en la última elección de diputados nacionales.

Los partidos deben destinar por lo menos el 20% del aporte que reciban para el desenvolvimiento institucional, al financiamiento de actividades de capacitación de dirigentes e investigación.

Para los años en que deban realizarse elecciones nacionales, la ley de presupuesto establecerá un monto para los partidos en concepto de aporte extraordinario para las campañas electorales. De ese aporte, el 30% se distribuirá entre los partidos en forma igualitaria y el 70% en proporción a la cantidad de votos obtenidos en la última elección de diputados nacionales.

Como la ley 25.600 establece un sistema mixto, también prevé el financiamiento privado.

Los partidos políticos no pueden obtener anualmente del sector privado contribuciones o donaciones que superen: 1) el 1% de los gastos permitidos tratándose de una persona jurídica; 2) el 0,5% si se trata de una persona física.

En cuanto al límite de los gastos partidarios en las campañas electorales para la designación a cargos legislativos, no pueden superar un peso por elector habilitado. A tal fin, se considera que ningún distrito tiene menos de quinientos mil electores.

Los partidos políticos no pueden recibir contribuciones o donaciones que sean: 1) anónimas; 2) de entidades nacionales, provinciales o municipales; 3) de concesionarios de servicios u obras públicas; 4) de personas que exploten juegos de azar; 5) de extranjeros que no tengan residencia o domicilio en el país; 6) de personas que fueron obligadas a efectuar la contribución por sus superiores jerárquicos o empleadores; 7) de asociaciones sindicales, patronales y profesionales. Esta prohibición se extiende a los aportes privados destinados al fondo partidario permanente.

El control del financiamiento de los partidos políticos está a cargo de la Justicia Federal con competencia electoral que deberá requerir a los partidos políticos los informes pertinentes y darlos a publicidad. A tal fin, la Cámara Nacional Electoral dictó la Acordada 58 el 13 de agosto de 2002. Ella establece que los informes de los partidos políticos serán publicados en el sitio de internet puesto a disposición del fuero electoral por el Poder Judicial de la Nación.



El éxito y la transparencia que inspira a este mecanismo de control y fiscalización, está supeditado, en gran medida, a la honesta colaboración de los partidos políticos que hasta ahora no se manifestó, y a los recursos que se le otorguen a la justicia electoral.

### 343. CADUCIDAD Y EXTINCIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

La caducidad de los partidos políticos, que importa dejar sin efecto su inscripción y la pérdida de la personalidad política se opera, conforme a la ley 23.298, por las causales siguientes:

- 1) haber prescindido de realizar elecciones partidarias internas durante el término de cuatro años;
- 2) no presentarse a tres elecciones consecutivas en distrito alguno;
- 3) previa intimación judicial, no presentar el acta de designación de las autoridades partidarias, o no llevar en debida forma los libros de inventario, caja y de actas (art. 50).

En cuanto a la extinción de los partidos políticos, ella se produce por:

- 1) las causas previstas en la carta orgánica;
- 2) por decisión de los afiliados expresada conforme a los requisitos impuestos por la carta orgánica;
- 3) la comisión de delitos de acción pública por las autoridades o candidatos del partido salvo que, en el caso de estos últimos, fueran desautorizados por aquéllas;
- 4) por impartir instrucción militar a los afiliados u organizarlos militarmente (art. 51).

Tanto la cancelación de la personalidad política, como la extinción de un partido deben ser declaradas por la justicia federal con competencia electoral, previa sustanciación del debido proceso legal en el cual deberá ser parte el partido político afectado (art. 52).

Declarada la caducidad de la personería política de un partido, ésta podrá ser nuevamente solicitada después de celebrada la primera elección y haber cumplido con los requisitos legales impuestos para la constitución de un partido político. En la actuación judicial, el juez debe dar intervención al procurador fiscal federal (art. 53).

Si se extingue un partido político por sentencia firme, no podrá ser nuevamente reconocido con el mismo nombre, carta orgánica,

declaración de principios, programa o bases de acción pública por el término de seis años (art. 53).

Cuando se opera la extinción de un partido político, sus bienes tendrán el destino previsto en su carta orgánica y, en su defecto, pasarán a integrar el fondo partidario permanente de la ley 25.600. En cuanto a la documentación del partido, quedará bajo la custodia de la *justicia federal electoral* durante seis años. Vencido ese plazo, y previa publicación en el Boletín Oficial, se podrá ordenar su destrucción (art. 54).

#### 344. SELECCIÓN DE CANDIDATOS Y ELECCIONES INTERNAS

La selección de los candidatos que presentan los partidos políticos para un acto electoral se debe realizar conforme a las disposiciones de su carta orgánica. Esta última, que debe reflejar para esa instancia los principios democráticos, puede encomendar tal selección a alguna comisión interna del partido, a su asamblea o convocar a una elección interna con la participación de los afiliados del partido.

Este último procedimiento conforma las denominadas elecciones internas cerradas, en oposición a las elecciones internas abiertas que funcionan en los Estados Unidos de América.

En ese país, los partidos políticos no tienen, propiamente afiliados, y el voto, en los comicios generales, no es obligatorio sino voluntario.

Si un ciudadano desea votar en las elecciones generales debe registrarse en el padrón electoral. Al hacerlo, se puede identificar como partidario de alguna agrupación política y, en ese caso, puede participar en la elección interna del mismo, así como también postularse candidato.

En las elecciones internas cerradas, solamente pueden participar aquellas personas que se registraron como partidarias de la agrupación política. En las elecciones internas abiertas de un partido, pueden participar todos los ciudadanos registrados, con prescindencia de la preferencia partidaria que hubieran manifestado, y también pueden postularse como candidatos.

El sistema ha dado buenos resultados en los Estados Unidos de América porque, si bien debilita la estructura disciplinaria de los partidos políticos, ofrece a los ciudadanos una importante participación política y acrecienta la proximidad que debe existir entre los candidatos y sus votantes. No solamente al seleccionar a los candi-

datos del partido, sino también al ofrecerle la posibilidad de postularse como candidato prescindiendo de toda decisión que, sobre el particular, pueda adoptar la dirigencia partidaria.

La ley 25.611, sancionada el 19 de junio de 2002, estableció el sistema de elecciones internas abiertas para la selección de los candidatos a la fórmula presidencial de cada partido político, y de los correspondientes a senadores y diputados nacionales (1068).

Los precandidatos para ser postulados por un partido político, o alianza de partidos, son solamente aquellos que fueron seleccionados conforme a las normas que regulan su funcionamiento interno. No se admiten precandidatos independientes, a menos que la carta orgánica disponga lo contrario, y que su selección previa se realice conforme a dichas normas.

La ley modificó la norma contenida en el art. 29 de la ley 23.298, estableciendo que las elecciones para autoridades partidarias y para cargos electorales se hará conforme a las disposiciones de la carta orgánica del partido, con la salvedad de la elección de candidatos para presidente y vicepresidente de la Nación, diputados y senadores nacionales (art. 3°).

El art. 4°, incorporaba como art. 29 bis de la ley 23.298, una disposición que, conforme a la sanción del Congreso disponía: *“En los partidos políticos o alianzas electorales nacionales la elección de los candidatos a presidente y vicepresidente, así como la de los candidatos a senadores y diputados nacionales se realizarán a través de internas abiertas. La fecha de la elección deberá ser comunicada por el juzgado federal con competencia electoral en cada distrito. La campaña electoral para la elección interna abierta podrá iniciarse treinta días antes y deberá finalizar cuarenta y ocho horas antes de la fecha fijada para la elección. La emisión, en medios televisivos, de espacios de publicidad destinados a captar el sufragio se limitará a los diez días previos a la fecha fijada para la elección. El juzgado federal con competencia electoral de cada distrito confeccionará y entregará a los partidos políticos o alianzas el padrón que se utilizará en la elección el que incluirá, para cada caso, a los afiliados del partido o de los partidos miembros de la alianza y a los ciudadanos que no tengan afiliación partida-*

---

(1068) La sanción de la ley respondió a la finalidad de resolver la confrontación interna que se registraba en el Partido Justicialista. Mediante una elección interna cerrada se presumía la postulación como candidato presidencial a Carlos Menem, lo cual no acontecería en una elección interna abierta. Cuando, a través de las encuestas, se constató que igual resultado acarrearía la elección interna abierta, Eduardo Duhalde y Néstor Kirchner decidieron suspender toda elección interna.

*ria. El voto será secreto y no obligatorio. Los ciudadanos podrán votar en la elección interna abierta de sólo un partido o alianza. La emisión del voto se registrará en el documento cívico utilizado, mediante la utilización de un sello uniforme cuyo modelo será determinado por la Cámara Nacional Electoral. La elección de los candidatos a presidente y vicepresidente se hará por fórmula y será proclamada la candidatura de la fórmula presidencial que haya obtenido la mayoría simple de votos afirmativos válidos emitidos. La proclamación de los candidatos a senadores y diputados nacionales se realizará conforme al sistema electoral adoptado por cada partido o alianza”.*

La ley 25.611 dispuso que los partidos políticos debían adecuar sus cartas orgánicas al texto de la norma; que las elecciones abiertas internas se debían realizar simultáneamente en todos los partidos; y que su primera aplicación se debía concretar para la elección presidencial y legislativa del año 2003.

La finalidad del legislador era la siguiente:

- 1) Las elecciones abiertas internas sólo se realizarían en aquellos partidos políticos o alianzas donde, para un solo cargo, se presentaran dos o más candidatos.
- 2) Cuando había pluralidad de candidatos sólo podían participar en la elección los afiliados al partido y los ciudadanos que no tuvieran afiliación partidaria. A tal fin, a cada partido o alianza se le debía remitir un padrón que incluyera a sus afiliados y a quienes carecían de afiliación partidaria.

Lamentablemente, el veto del Poder Ejecutivo de la parte resaltada del art. 29 bis, desarticuló el sistema. En efecto, cabe la posibilidad que en las elecciones internas de un partido participen los afiliados a otros partidos, particularmente de aquellos que no acuden a la elección interna de su partido porque ella no fue necesaria debido a la postulación de un solo candidato o lista de candidatos (1069).

Este inconveniente fue subsanado mediante los decretos 451/02 y 292/05. El primero, dispone que los afiliados a un partido político sólo pueden votar por las listas de precandidatos de sus propias agrupaciones, y los ciudadanos independientes lo pueden hacer por las listas de precandidatos de un solo partido político. El segundo esta-

---

(1069) Conf. MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, p. 429, ob. cit. Compartimos la opinión de la autora sobre la inconstitucionalidad de la promulgación parcial de la ley 25.611 porque, conforme al art. 80 de la Constitución, el veto alteró la unidad del proyecto aprobado por el Congreso. Correspondía entonces, suspender la aplicación de la ley.

bleció que el padrón a utilizar en las elecciones internas, será el padrón electoral general, al que se incorporará una columna indicando la condición de afiliado y el partido político al cual pertenece. Cuando fue cuestionada la validez constitucional de esa disposición, porque estaría dando a difusión un dato sensible, la Cámara Nacional Electoral desechó la petición entendiendo que se trataba de un acto público y no íntimo la afiliación a un partido político, y que además requería la aceptación del partido generando una relación bilateral (1070). Otro tanto hizo al declarar la constitucionalidad de las normas que exigen de la elección interna abierta a los partidos políticos en los cuales hay una sola postulación de candidatos (1071).

La elección de los precandidatos se hará conforme al sistema electoral que establezca cada partido político. Si el sistema es de lista cerrada y bloqueada, el votante no podrá introducir modificaciones en ella. No puede incorporar a los precandidatos de otras listas internas, ni modificar el orden en que fueron propuestos (1072), a menos que la carta orgánica partidaria disponga lo contrario.

Cuando se cuestionó la constitucionalidad de la ley, la Cámara Nacional Electoral, al resolver el caso "Salvatierra" (1073) el 15 de noviembre de 2002, se pronunció por la validez de la norma y del sistema implementado por ella. Consideró que al modificar la legislación reglamentaria del funcionamiento interno de los partidos políticos, el legislador se había adecuado a las previsiones contenidas en los arts. 14, 28 y 38 de la Ley Fundamental.

Igual temperamento fue adoptado por Germán Bidart Campos al escribir que, "*si el Congreso puede legislar en materia electoral y partidaria, hay que admitir que lo puede hacer en las distintas etapas o instancias en que, razonablemente, subdivide la cuestión*" (1074).

Compartimos estos puntos de vista. Si bien los partidos políticos tienen jerarquía constitucional, su regulación debe ser efectuada por el legislador procurando, en función de la idea política dominante, preservar su conformación democrática y representativa.

En este aspecto, y al margen de los motivos reales que determinaron su sanción, consideramos que el sistema establecido podría

---

(1070) Caso "Partido Nacional Constitucional" resuelto el 14 de abril de 2005.

(1071) Caso "Tomás Mario Olmedo" resuelto el 8 de julio de 2005.

(1072) RICARDO HARO, *Constitución, poder y control*, p. 80, ob. cit.

(1073) LA LEY, 2003-A, 8.

(1074) GERMÁN BIDART CAMPOS, *El artículo 38 de la Constitución y las elecciones internas y simultáneas*, LA LEY, 2002-F, 751.

incrementar la participación política directa de los ciudadanos que, hasta ese momento, estaba limitada a los afiliados del partido. Por otra parte, el sistema entorpece el desenvolvimiento de la partidocracia al trabar la postulación de candidatos cuyo único mérito, a veces, es el de servir incondicionalmente a la conducción partidaria.

Estas ventajas se podrán ampliar considerablemente con el reconocimiento de los candidatos independientes, porque es posible que el partido político presente una sola lista de precandidatos para neutralizar la elección interna abierta.

Por razones opinables de política agonal, el 28 de noviembre de 2002 fue sancionada la ley 25.684 que dispuso suspender la aplicación de las elecciones partidarias internas y abiertas para los comicios realizados en 2003.

En cambio, sí se aplicó en 2005 para la elección de diputados y senadores nacionales, aunque no tuvo mayor relevancia. Ello obedeció a que en más del 90% de los partidos políticos, los candidatos resultaron de una lista única interna. Y, en los restantes, fue significativamente escaso el número de ciudadanos independientes que participaron en los comicios internos.

Las disidencias internas en los partidos políticos, determinaron que ellas se trasladaran a los comicios generales mediante la postulación de candidatos por agrupaciones políticas independientes, aunque ellos provinieran de un mismo partido político. En las elecciones presidenciales de 2003 el partido Justicialista resolvió no realizar una elección interna entre los tres candidatos postulados para el cargo presidencial (1075). Tal decisión fue, lamentablemente, avalada por la jueza Servini de Cubría (1076), determinando que esos candidatos se presentaran como propuestos por distintas agrupaciones políticas. Se trató de un apartamiento manifiesto de la esencia correspondiente a la ley de partidos políticos, desarticulando su base democrática.

Una situación similar se produjo en 2005 con la elección de senadores nacionales por la provincia de Buenos Aires. El partido

---

(1075) Carlos Menem, Adolfo Rodríguez Saa y Néstor Kirchner, patrocinado por Eduardo Duhalde quien ejercía la Presidencia de la República. La negativa a realizar la elección interna obedeció a que se descontaba el triunfo de Carlos Menem. Asimismo, la suspensión de las elecciones abiertas internas decidida en el Congreso por la mayoría duhaldista, también obedeció a igual motivo.

(1076) Caso "Menem" resuelto el 11 de febrero de 2003 por el Juzgado Nacional Federal en lo Criminal y Correccional N° 1; La sentencia, no fue apelada.

Justicialista presentó sus dos candidatos y, un grupo disidente, hizo lo propio a través de una alianza de partidos, denominada Frente para la Victoria (1077). La postulación de estas candidaturas fue impugnada por entender que el Frente para la Victoria estaba postulando candidatos pertenecientes al partido Justicialista, con el objeto de aparentar una competencia electoral en el marco de un comicio general, en lugar de ocurrir por la vía legal de las internas abiertas. La petición fue desestimada por la Cámara Nacional Electoral. Consideró que *“siendo el Partido Justicialista y el Frente para la Victoria dos agrupaciones investidas de competencia para la postulación de candidaturas senatoriales, y no pudiendo válidamente objetarse la oficialización de la lista registrada por el frente mencionado, la legalidad de la participación de las agrupaciones demandadas no puede ser puesta en duda”* (1078).

### 345. PODERES DE HECHO Y PLURALISMO

La Constitución, en su carácter de instrumento jurídico fundamental de una sociedad global dotada de organización política, regula la forma del ejercicio del poder. A tal efecto, establece los poderes constituidos, distribuyendo su ejercicio entre un órgano legislativo, un órgano ejecutivo y un órgano judicial. Tal distribución se realiza precisando los ámbitos de competencia de cada uno de esos órganos y las formas bajo las cuales se manifestarán sus voluntades con motivo del ejercicio del poder en el Estado.

De tal manera, la Constitución regula el orden constitucional, aspirando a que todo el curso del proceso político se desenvuelva dentro de su marco y a que las manifestaciones orgánicas del poder se exterioricen a través de los órganos gubernamentales.

Sin embargo, el orden constitucional no siempre coincide con el orden político. Ello no significa que en la realidad política el orden político se oponga necesariamente al orden constitucional, o que todos sus aspectos que desbordan al orden constitucional sea con-

---

(1077) La lista del primero la encabezaba la esposa de Eduardo Duhalde, y la del Frente para la Victoria, la esposa de Néstor Kirchner. Los asistentes a los comicios desconocían si se trataba de una confrontación política o de una grotesca rivalidad familiar.

(1078) Caso *“Stolbizer”* resuelto el 13 de octubre de 2005. La presentación de listas separadas e integradas por miembros del justicialismo, no obedeció a una simulación sino a la confrontación que se había producido entre Eduardo Duhalde y, quien fuera su delfín, Néstor Kirchner.

trarios a la Ley Fundamental. El orden político puede apartarse del orden constitucional, generando manifestaciones de poder determinantes de la voluntad de los órganos de poder constituidos. Y tales manifestaciones deben ser estudiadas por el Derecho Constitucional, porque esta disciplina no se limita a ser el derecho de la Constitución, sino el derecho de las instituciones políticas, estén o no reguladas en el texto constitucional.

En un sistema democrático constitucional, la inexistencia de una coincidencia absoluta entre el orden político, como sinónimo de realidad política, y el orden constitucional, que es el deber ser dispuesto por la norma jurídica fundamental, es consecuencia de la libre manifestación del pluralismo. Ese pluralismo, forjado por la diversidad de intereses, creencias y opiniones expuestas en un sistema democrático constitucional, no es necesariamente antagónico respecto del orden constitucional, sino que, por el contrario, es consecuente con el mismo, en la medida en que se concreta mediante el ejercicio de las libertades que reconoce la Constitución. El pluralismo, representado por manifestaciones jurídicamente lícitas, es consecuencia del orden constitucional aunque pueda desbordarlo, y en la medida en que sea lícito estará tutelado por ese orden constitucional.

En una sociedad democrática existe una infinidad de grupos sociales formados espontáneamente, o como consecuencia de una asociación deliberada y voluntaria, que agrupan a los individuos que tienen intereses comunes. Dentro de una sociedad global, los individuos se encuentran estrechamente vinculados, debido a la gravitación que sobre sus conductas ejercen diversos factores económicos, geográficos, religiosos, culturales, educacionales, políticos, etcétera. Tales factores conducen a los individuos hacia su agrupación, que se verifica en función de sus intereses y valores comunes. El hombre, a pesar de constituir un ser esencialmente libre, no puede eludir los vínculos que lo aproximan a sus semejantes, determinando su integración a uno o varios grupos sociales, como tampoco los lazos de dependencia que se establecen con el grupo porque, si bien el grupo no absorbe al individuo en el ámbito de su vida privada, sí lo hace en el campo de su vida pública.

Como todos los individuos conviven en grupos sociales, y dado que tanto aquéllos como éstos están sujetos a una influencia recíproca, se establecen entre los mismos relaciones de interdependencia, traducidas en ciertas coincidencias mínimas que se manifiestan en sus comportamientos. En hombre vive y desarrolla toda su actividad sobre la base de intereses y valores que lo aproximan a otros individuos, con los cuales forma una serie de grupos que, en su actuación pública, lo absorben, determinando una total identificación.



Un grupo social no está integrado por aquellos individuos que presentan ciertas similitudes objetivas, sino por todos aquellos que tienen valores e intereses similares, que configuran el fundamento sobre el cual cada uno fijará el punto de partida para analizar un problema determinado. Esa unidad de base originará la interacción individual, cuyo fruto es el surgimiento de una conducta común. Así, dentro del grupo se verificará una uniformidad de conductas y de apreciaciones que forjarán el nacimiento de comportamientos colectivos como reacción frente a un estímulo común. Por ello, cuando se presenta la necesidad de reaccionar es cuando más fácilmente observamos la actuación de esos grupos que, respondiendo a un acicate colectivo, se traduce en la formulación de conductas también colectivas.

No es posible determinar cuáles son los límites que separan entre sí a los grupos sociales, ni tampoco precisar de antemano a cuál de ellos pertenece cada individuo, como consecuencia del carácter esencialmente dinámico que presenta la vida social. Es que los grupos sociales no se manifiestan aisladamente, sino en estrecha relación, a tal punto que sus fronteras se diluyen y confunden con las de otros grupos. Pero una vez que actúan, tal dificultad desaparece y cada individuo puede precisar el grupo social que lo representa, ya que las fuerzas colectivas que reúnen a las disposiciones individuales sólo pueden ser conocidas cuando actúan (1079).

Como los grupos sociales son células vivientes de la sociedad pluralista, deben actuar y contar con los medios para tal fin, siendo precisamente la presión y la opinión los instrumentos que utilizan en el marco del orden político, por cuyo intermedio todo observador podrá constatar la existencia de aquéllos. O sea que los grupos sociales adquieren el carácter de grupos políticos y poderes de hecho cuando ejercen las funciones de presión u opinión frente a los detentadores oficiales del poder, ya que en caso contrario permanecerán en estado latente, careciendo de toda relevancia política para los gobernantes.

Los grupos sociales, que en su proyección política adquieren el rol de poderes de hecho, gravitan decisivamente sobre el proceso político, configurando verdaderos controles verticales del poder político (1080), que se manifiestan entre los detentadores y los destinatarios del poder. Los gobernantes procuran armonizar los inte-

---

(1079) GEORGES BURDEAU, *Método de la Ciencia Política*, ps. 391 y sigtes., ob. cit.

(1080) KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 422, ob. cit.

reses contrapuestos de los grupos sociales formulando decisiones políticas que apuntan a satisfacer el bien común, pero en el curso de esa acción política están sujetos a las influencias de los poderes de hecho que, por tal razón, influyen sobre los contenidos de las decisiones políticas.

Esta manifestación del pluralismo social determina que las decisiones políticas no respondan solamente al encuadre formal previsto por el orden constitucional, en orden a la participación exclusiva y excluyente de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, sino también a la gravitación ejercida por los poderes de hecho, consecuencia del ejercicio de las libertades constitucionales, y que pueden ser orgánicos o inorgánicos.

En el primero de los casos, tal como acontece con los partidos políticos, se estará en presencia de un método de acción relativamente constitucional, en la medida en que se relaciona con el funcionamiento de un gobierno representativo, mientras que en el segundo de los casos, como ocurre con los grupos de presión y de opinión, se estará en presencia de un método de acción extraconstitucional, pero de manifiesta vigencia en el orden político, que no es necesariamente opuesto al orden constitucional, sino complementario, en la medida en que se exprese por canales lícitos y su comportamiento no sea delictivo.

### 346. FACTORES DE PODER Y FACTORES DE PRESIÓN

Los grupos sociales, que en su manifestación en el proceso político asumen el rol de poderes de hecho, se clasifican en factores de poder y factores de presión.

Los factores de poder son aquellos poderes de hecho que ejercen una influencia intensa sobre el proceso político, desembocando en una real intervención en el elenco gubernamental, al cual imponen determinadas pautas y políticas generales. Configuran un gobierno invisible que determina los contenidos de los órganos oficiales del gobierno mediante una presión ineludible para estos últimos, que se proyecta sobre todos los ámbitos de la acción gubernamental.

Los factores de presión son aquellos poderes de hecho que presionan al gobierno para obtener una decisión concreta favorable a sus intereses, sin pretender llegar a tener un rol constitutivo de las políticas generales que se elaboran en el seno de los órganos gubernamentales.

Los elementos comunes que presentan los factores de poder y los de presión son el instrumento que utilizan para el logro de sus fines —la presión— y el destinatario de esa acción, que es el gobierno. Ambos se diferencian de los partidos políticos en que no aspiran a conquistar el poder y asumir la consecuente responsabilidad por su ejercicio.

La diferencia entre los factores de poder y los factores de presión no reside en la naturaleza, composición o fines de los grupos sociales, sino en la medida de la importancia y de los efectos de la presión que ejercen (1081).

Los factores de poder determinan los contenidos de la política gubernamental, mientras que los factores de presión se limitan a requerir un acto gubernamental concreto para la satisfacción de sus intereses. De modo que no es posible determinar de antemano si un grupo social constituye un factor de poder o un factor de presión. La determinación sólo será posible constatando la envergadura del hecho de la presión y sus resultados. Es así que un mismo grupo social podrá presentarse en ciertos casos como un factor de poder, mientras que en otros será un factor de presión.

Entre los factores de presión, ocupan una posición relevante los grupos de presión. Se denomina grupos de presión a los grupos de interés que actúan como factores de presión.

Los grupos de interés son todas aquellas agrupaciones sociales que propician la defensa de los intereses económicos comunes de sus miembros. Una organización profesional de trabajadores o de empresarios es grupo de interés en la medida en que desarrolla una actividad encaminada a tutelar los intereses profesionales y económicos de sus miembros. Si su accionar se limita a esa defensa en el marco de negociaciones colectivas o cumpliendo funciones de representación de sus asociados, pero sin presionar al gobierno, estará funcionando como grupo de interés. En cambio, si para satisfacer sus intereses particulares el grupo de interés presiona sobre los órganos gubernamentales procurando obtener medidas concretas favorables, estará asumiendo la forma de un grupo de presión.

Todo grupo de presión es un grupo de interés pero no todo grupo de interés es necesariamente un grupo de presión. Asimismo, todo grupo de presión es un factor de presión, pero no todo factor de presión es un grupo de presión, porque pueden quedar englobados en la categoría de factores de presión grupos sociales que no res-

---

(1081) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. II, p. 356, ob. cit.

ponden a intereses económicos. Así, las fuerzas armadas, los grupos religiosos, los grupos culturales y, en general, las asociaciones que no tienen fines económicos, pueden ser factores de presión e, inclusive, factores de poder, pero no serán grupos de presión por no revestir la condición de grupos sociales de interés económico.

Claro está que los grupos de interés pueden actuar como grupos de presión, en cuyo caso serán factores de presión, o como factores de poder. Una organización gremial es un grupo de interés que puede llegar a acceder a la categoría de grupo de presión, pero también podrá actuar como factor de poder si su accionar impone políticas generales y condicionantes para la acción gubernamental.

En definitiva, los grupos de interés se transforman en grupos de presión cuando actúan sobre los órganos gubernamentales para obtener una decisión política concreta favorable a sus intereses económicos (1082), transformándose en factores de poder cuando gravitan sobre la estructura gubernamental constituyendo un verdadero gobierno invisible.

Se trata de categorías cuya tipificación solamente resulta posible en el marco del orden político y atendiendo a las modalidades que presenten sus comportamientos.

En principio, la actividad de los grupos de presión es lícita y encuadra formalmente en el orden constitucional. Tales grupos se limitan a ejercer diversas libertades reconocidas y reglamentadas por la Constitución. Son manifestaciones del poder social que controlan el ejercicio del poder político evitando su concentración y consecuente ejercicio abusivo. Sin embargo, así como las acciones de los individuos pueden producir actos ilícitos, lo propio puede acontecer con el comportamiento de los grupos de presión.

La realidad política nos revela que los grupos de presión no se limitan a actuar en el orden nacional. Muchas veces se introducen en la esfera internacional, ejerciendo una presión sobre los organismos gubernamentales extranjeros en salvaguarda de los intereses que motivan su constitución.

### 347. LOS GRUPOS SOCIALES DE OPINIÓN

Entre los poderes de hecho que no alcanzan la categoría de factores de presión, ocupan una posición relevante los grupos sociales de opinión, en su condición de sujetos de la opinión pública.

---

(1082) JEAN MEYNAUD, *Los Grupos de Presión*, p. 8, Eudeba, Buenos Aires 1962.

La función de opinar, por expresarse dentro de una sociedad organizada políticamente, es una función social. Además, en la medida en que constituye el antecedente temporal para la adopción de decisiones frente a los problemas de la vida pública, se caracteriza por ser una función política. Así, la opinión pública será una de las funciones políticas a través de cuyo ejercicio los grupos sociales tienden a controlar el poder o bien a legitimarlo. Pero no es exacto considerar a la opinión pública como un poder de hecho, y sí en cambio como la expresión de un poder de esa índole. En efecto, la opinión pública es una función a través de la cual se manifiesta un poder de hecho que es el sujeto de aquélla. Los grupos sociales, concretamente los grupos de opinión, al formular opiniones públicas se transforman en poderes de hecho.

La opinión es un concepto, una idea o un juicio que concibe el entendimiento. Es una opinión pública en el sentido de que ella no es privada, sino que disfruta de notoriedad. Es público aquello que es notorio, conocido por todos o casi todos, y una opinión tendrá carácter público cuando llegue al conocimiento de la generalidad de los individuos por su notoriedad. Mientras no se exprese la opinión, ella no será pública, pero una vez que se manifieste será necesario que adquiera notoriedad, ya que caso contrario permanecerá en el ámbito privado, y si bien potencialmente será apta para adquirir carácter público, no será tal hasta tanto los individuos, gobernantes y gobernados, tengan conocimiento de ella. Dos son las etapas que debe atravesar una opinión para ser pública: en primer lugar debe ser externa, debe ser formulada por los grupos sociales; en segundo lugar debe ser notoria.

El sujeto de la opinión pública, como expresión de un poder de hecho, no es el individuo, ni el pueblo, ni el público, sino los grupos sociales de opinión.

Sobre tales bases cabe definir a la opinión pública, en su especie opinión política, como la función política ejercida por los grupos sociales de opinión, por cuyo intermedio se transforman en poderes de hecho, consistente en la emisión de conceptos o juicios públicos como reacción frente a determinados problemas políticos, y con el objeto de controlar o dotar de legitimidad el ejercicio del poder por parte de los gobernantes.

Tanto los grupos de presión como los de opinión están encaminados a controlar el poder, pero lo que varía en ambos casos es la forma, el procedimiento utilizado para ejercer el control. La opinión y la presión son medios para alcanzar un fin, pero si bien a veces los grupos de presión se expresan como grupos de opinión, por regla

general ello no acontece, debido a que ellos cuentan con cierto grado de organización profesional mucho más extensa e intensa que los grupos de opinión, los cuales incluso pueden carecer de toda organización.

Es cierto que en algunas oportunidades los grupos de presión formulan opiniones públicas y, aparentemente, con las mismas ejercen una presión sobre el gobierno. Pero si analizamos la forma de actuación de los mismos, notaremos que la presión no resulta de la sola opinión, sino de otros factores que la coadyuvan y que son los valorados por los gobernantes para tomar la decisión política. Es que las opiniones públicas jamás podrán consistir en una presión propiamente dicha, y sí en sugerencias que los gobernantes deberán valorar para poder armonizar los intereses contrapuestos de los grupos sociales en función del bien común.

La importancia asignada al estudio de los grupos de opinión pública se relaciona estrechamente con una de sus funciones: brindar legitimidad al poder y a su ejercicio dentro de una determinada estructura política.

Así, para Heller la opinión pública desempeña una función tendiente a la legitimación de la autoridad política y del orden por ella garantizado, con lo cual todo poder debe concentrarse en la búsqueda de los medios pertinentes para ofrecer su imagen legitimada frente a los grupos sociales de opinión (1083). Por su parte, Lipset señala que la legitimidad consiste en la capacidad del sistema para engendrar y mantener la creencia de que las instituciones políticas son las más apropiadas para la sociedad, y que siempre la legitimidad se funda en un criterio valorativo porque, en definitiva, los grupos sociales determinarán si un sistema político es o no legítimo en la medida en que los valores en que se sustenta concuerden con los suyos (1084).

La legitimidad, como función de los grupos de opinión, comenzó a ser esbozada conjuntamente con la difusión del movimiento constitucionalista. Así, la opinión pública, como función ejercida por los grupos sociales, es un fenómeno cuya importancia se acrecienta merced a la expansión de los medios técnicos de comunicación, que fomentan el surgimiento y la interacción de grupos humanos que se interesan, cada vez con mayor intensidad, por todos aquellos problemas políticos que afectan sus intereses o valores.

---

(1083) HERMAN HELLER, *Teoría del Estado*, p. 192, ob. cit.

(1084) SEYMOUR MARTIN LIPSET, *El Hombre Político*, p. 57, ob. cit.

La relación existente entre los gobernantes y los grupos de opinión fue sometida a una profunda transformación, habiéndose arribado a la conclusión de que el poder y su ejercicio se fundan sobre el consentimiento tácito o expreso de los gobernados y en la necesidad de satisfacer sus anhelos, expresados, particularmente, por los grupos de opinión.

La segunda función de los grupos de opinión pública es la de controlar el poder. Todos los grupos pluralistas que no están integrados en los órganos del gobierno despliegan una conducta que, en su esencia, está encaminada a controlar y limitar el ejercicio del poder. Esa finalidad es perseguida, por diversos medios, tanto por los grupos de presión como por los grupos de opinión. Todos ellos complementan la estructura legal del control, agregando una serie de valores e intereses que los gobernantes deberán tener en cuenta en el proceso de adopción de las decisiones políticas.

Si limitamos nuestra observación a los grupos de opinión, verificaremos que no hay gobierno que se desinterese por las opiniones formuladas por los gobernados, en la medida en que las mismas le proporcionan un sistema de referencias decisivo en el momento de la acción política (1085).

Así, la función de control que desempeñan los grupos de opinión pública frente al gobierno se refleja en los intentos de éste para satisfacerlos o para conducirlos en una dirección que le permita el acceso a las metas que se haya impuesto. Aunque se trate de un gobierno autocrático, para sostenerse tiene que contar con el apoyo incondicional de un número considerable de ciudadanos. Si ese apoyo no surge espontáneamente, habrán de tomarse medidas para estimularlo, ya sea mediante concesiones tácticas a los grupos de opinión o mediante su manejo (1086).

Cuando afirmamos que la acción gubernamental puede, en cierto modo, dirigir parcialmente a los grupos de opinión, no hacemos más que destacar su importancia y el control que ejercen sobre el gobierno. Lo controlan porque lo obligan a aplicar complicadas técnicas de persuasión que se enfrentarán con otras encaminadas en sentido contrario. Pero los grupos de opinión también controlan al gobierno influyendo sobre su comportamiento cuando le impiden

---

(1085) ROBERT K. MERTON, *Teoría y Estructura Sociales*, p. 304, Fondo de Cultura Económica, México 1964.

(1086) V. O. KEY, *Opinión Pública y Democracia*, t. I, p. 15, Ed. Omeba, Buenos Aires 1967.

adoptar decisiones que el mismo se había propuesto, o cuando lo impulsan a dictar las medidas sugeridas por ellos.

La función de control puede presentarse bajo una forma activa y bajo una modalidad preventiva. Es activa cuando el gobierno, al enfrentarse con una opinión generalizada e intensa, toma una decisión política adoptando una medida novedosa o revocando un acto que no cuenta con la aceptación de los grupos de opinión. Esa función de control se expresa en forma preventiva cuando nos encontramos con ciertos actos políticos que no se pueden ejecutar o con actos jurídicos que no se pueden sancionar porque lesionarían los legítimos intereses o valores de los grupos sociales, originando un fallo adverso y crítico de los grupos de opinión pública.

Dentro del proceso político, una de las funciones fundamentales que cumplen los grupos sociales al emitir opiniones públicas, consiste en controlar el poder, ya sea impulsando al gobierno a estimular la formación de una opinión favorable, o inhibiéndolo de adoptar ciertas decisiones, o bien determinando la sanción de ciertas medidas sugeridas por los grupos de opinión. Asimismo, es de notar que tal actuación no solamente se verifica respecto del gobierno, sino también frente a todas las fuerzas políticas que se expresan en el proceso del poder.

### 348. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS PODERES DE HECHO

El orden político nos revela que la actuación de los poderes de hecho, tal como acontece con todas las fuerzas políticas, presenta aspectos favorables y desfavorables. Pero constituye un grave error la formulación de una condena genérica a los poderes de hecho considerándolos expositores de los intereses mezquinos que existen en una sociedad y factores que conducen a la perversión de un sistema democrático.

La circunstancia de que a veces su accionar responda a intereses sectoriales que no se compadecen con los intereses generales de la comunidad, no es preocupante si impera un pluralismo libre que permita la expresión de grupos opuestos, cuyo comportamiento permitirá al gobierno armonizar intereses contrapuestos.

Lo criticable de los poderes de hecho no reside en sus fines, sino en los medios que utilice. En un sistema democrático constitucional los poderes de hecho no pueden actuar al margen de la ley. Pero cuando desarrollan una conducta lícita, no hacen más que ejercer



los derechos que reconoce la Constitución, cumpliendo una función útil dentro de la dinámica institucional (1087).

Los poderes de hecho, como manifestación del pluralismo, son verdaderos contrapoderes o fuerzas de contrapeso, que contribuyen al mantenimiento del equilibrio social necesario para el logro del bien común. Así, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores y empleadores, las agrupaciones religiosas y, en general, toda agrupación social, tienen el derecho constitucional de solicitar y presionar a las autoridades y restantes fuerzas políticas para que sean satisfechos sus puntos de vista. Pero esa acción debe desplegarse dentro del cauce establecido por la ley, sin desembocar en actitudes ilícitas.

El comportamiento ilícito de los poderes de hecho y sus nefastas consecuencias para el orden constitucional, han conducido muchas veces a propiciar su regulación legal. Esa regulación se exterioriza básicamente en los siguientes sistemas:

- 1) Someter a los poderes de hecho a una fiscalización que facilite su regulación por la legislación común vigente, sin alterar el funcionamiento de la representación política.
- 2) Mantener la representación política y canalizar el funcionamiento de los poderes de hecho en consejos consultivos de los organismos gubernamentales.
- 3) Combinar la representación política con la representación funcional, incluyendo entre los órganos gubernamentales estructuras constitucionales de poder que representen los intereses de los poderes de hecho.
- 4) Sustituir a la representación política por la representación funcional.

El primero de estos sistemas, que es el que mejor se adecúa a la naturaleza espontánea del pluralismo, consiste en regular la actividad de los poderes de hecho solamente cuando ella se relaciona con el proceso político y únicamente con el objeto de darle publicidad y transparencia.

Es el sistema aplicado en los Estados Unidos con la ley de reorganización del Congreso de 1946, que fiscaliza política y económicamente la actuación de los "lobbyist" como representantes de los grupos sociales encargados de influir lícitamente sobre la acción de los órganos gubernamentales.

---

(1087) SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. II, p. 380, ob. cit.

La palabra *lobbying* es una expresión inglesa que proviene de lobby. En los Estados Unidos se denomina lobby al lugar dentro del edificio de una legislatura donde pueden ingresar personas ajenas al cuerpo legislativo para conversar con los legisladores. *Lobbying* describe la actividad desarrollada por el *lobbyist* o lobista. Se trata de una persona física que, profesionalmente, representa intereses particulares, sectoriales o gubernamentales para aprobar, modificar o derogar leyes, decretos del Poder Ejecutivo o resoluciones ministeriales, que puede, o no, responder a una finalidad económica. Su actuación se desarrolla ante los funcionarios gubernamentales abogando por la causa determinante de su acción.

Describiendo esta actividad, Armando Alonso Piñeiro destaca que *"es desacertada la creencia de que los estudios jurídicos están capacitados para estas tareas. Los estudios jurídicos están capacitados para los espectros estrictamente legales de sus mandantes. Los estudios y consultorías de lobbying están capacitados para desarrollar específicamente su actividad, así como no se les ocurriría abordar tareas jurídicas. Todo esto parece una perogrullada, y de hecho lo es, pero resulta asombroso como se divulgan las falsas nociones. Tampoco es cierto que un estudio de lobbying debe contar con departamentos propios de publicidad, relaciones públicas, prensa, etc. salvo que el estudio ya sea especialista en alguno de estos rubros, lo cual resulta inadecuado en lo que concierne al primero de ellos. El lobbyista nunca debe garantizar resultados, lo cual sería temerario dado el carácter volátil de las relaciones interprofesionales en juego, pero en cambio el cliente tiene derecho a obtener expectativas razonables. El profesional debe, en cambio, garantizar el secreto profesional cuando así lo exija el cliente. También es imprescindible el prestigio personal del lobbyista, su profesionalidad y obviamente su integridad, la legitimidad de los intereses a representar, su acceso a un banco completo de información y la consecuente veracidad de los datos aportados por el cliente, lo cual permitirá elaborar reseñas bien estructurales, y la justificación del servicio"* (1088).

Otro sistema consiste en la creación de consejos económicos y sociales integrados por representantes de los grupos sociales más significativos, cuya función es la de evacuar las consultas formuladas por los órganos gubernamentales y la de transmitirle las inquietudes generadas por los intereses que representa. Consejos de esta naturaleza aparecen en la Constitución de Weimar de 1919, en la de Italia de 1947 y en la de Francia de 1958. Según Jorge Esteban, el

---

(1088) ARMANDO ALONSO PIÑEIRO, *Lobbying*, p. 48, Valletta Ediciones, Buenos Aires 2000.

fascismo contribuyó a desprestigiar la representación de intereses con proyecciones políticas institucionalizadas (1089).

Estos organismos han fracasado en la práctica debido a las dificultades que presenta su constitución, al tener que reflejar plenamente y en todo momento la intensa dinámica del pluralismo, así como también por la polarización clasista de sus componentes y la burocratización de su funcionamiento (1090).

Otro sistema que procura institucionalizar la representación de los intereses sociales, consiste en reservar a éstos la integración de una de las cámaras del órgano legislativo. Se trata de un sistema que ya se aplicó frecuentemente en el curso del siglo XIX, y que durante el siglo XX fue adoptado por varios regímenes totalitarios como instrumento idóneo para cercenar la libertad mediante el control del pluralismo (1091).

Finalmente, mencionamos la sustitución de la representación política por la representación funcional, que conduce a un corporativismo integral similar al orden estamental y gremial de las ciudades medievales, en las que los representantes de las organizaciones de artesanos y comerciantes constituían el gobierno político de ellas (1092). Si bien modernamente no se manifestó un corporativismo integral, tuvo expresiones parciales que, sugestivamente, coincidieron con sistemas autocráticos y transpersonalistas que desconocieron la libertad y dignidad del hombre (1093).

La llamada *democracia participativa*, en la cual los individuos participan en la gestión del poder a través de los grupos sociales institucionalizados, constituye una creación esencialmente teórica que procura cristalizar la acción de aquellos grupos. Sin embargo, olvida que así como el surgimiento de los grupos sociales es natural y espontáneo, lo propio acontece con su funcionamiento, resultando imposible la institucionalización global del proceso dinámico del pluralismo.

---

(1089) JORGE ESTEBAN, *La representación de intereses y su institucionalización*, Revista de Estudios Políticos, N° 155, p. 60, Madrid 1967.

(1090) JORGE ESTEBAN, *La representación de intereses y su institucionalización*, p. 63, ob. cit.

(1091) Constituciones de Portugal de 1939 y de Yugoslavia de 1953.

(1092) KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 460, ob. cit.

(1093) Constitución soviética de 1936, la Italia fascista, Alemania nacional-socialista, la España de Franco, Portugal de Salazar, Yugoslavia de Tito. Entre los antecedentes argentinos, cabe citar la opinión vertida por el general Uriburu en el manifiesto del 11 de octubre de 1930, los proyectos elaborados entre 1949 y 1954 y el Consejo Nacional Económico y Social creado por la ley 19.569 sancionada por el gobierno de facto en 1972.

Todo intento el tal sentido, por más loables que sean sus propósitos, desemboca en una grave lesión para la libertad y dignidad de las personas y, consecuentemente, para la supervivencia de una democracia constitucional.

**SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1ra QUINCENA DE SEPTIEMBRE DE 2006  
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA**