

Segundo Parcial. Teoría Constitucional.

Unidad 6: Reforma y Mutaciones Constitucionales.

CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES EN FUNCIÓN DE SU POSIBILIDAD DE REFORMA:

CONSTITUCIÓN RÍGIDA Son las que su modificación necesita de un procedimiento especial, en el que interviene un órgano específico que encarna el poder constituyente (convención constituyente).

CONSTITUCIÓN FLEXIBLE Son las que se pueden modificar por el mismo mecanismo de sanción de leyes, el órgano que interviene es el poder legislativo, el mismo poder constituido que da sanción a las leyes comunes.

CONSTITUCIÓN PÉTREA No admiten posibilidad alguna de reforma o modificación.

REFORMA CONSTITUCIONAL: Es la modificación de la constitución, a través del ejercicio del poder constituyente derivado en nuestro país; está a cargo de la convención reformadora.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA: El proceso de revisión Constitucional Argentina está previsto en **EL ART.30** de la Constitución Nacional: "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".

- Nuestra constitución adopta el procedimiento más riguroso para el ejercicio del poder constituyente derivado.
- La reforma se lleva a cabo por medio de un órgano AD-HOC denominado "convención constituyente".

LA RIGIDEZ: La Constitución Nacional es rígida, ya que su reforma se lleva a cabo, mediante un procedimiento especial, diferente al que se utiliza para reformas a las leyes comunes. Este procedimiento se ve reflejado en el art. 30, cuando establece que la reforma debe ser efectuada por una convención. Tal convención es convocada específicamente, para reformar la constitución.

RIGIDEZ ORGÁNICA: el cometido de la reforma no puede llevarse adelante por un órgano distinto al de los poderes constituidos, creados por la Constitución originaria. El pueblo al ejercer la potestad constituyente, **OBLIGA** a que sea un órgano diferente, el que emprenda la modificación al texto Constitucional. "Pero no se efectuará, sino por una convención convocada al efecto".

La rigidez orgánica determina, que la reforma, de producirse, debe ser efectuada por una convención elegida por el pueblo mediante el sufragio, y con una formulación tal, que respeten a las minorías. Todos los procesos de reforma Constitucional fueron mediante convención convocada al efecto, pero los representantes para integrar este órgano constituyente fueron elegidos por la sociedad, a través del sufragio.

RIGIDEZ PROCEDIMENTAL: El congreso cumple el rol pre-constituyente, es decir, habilitador del proceso constituyente. Se trata de una "expresión de voluntad" extraordinaria del Congreso. La Constitución obliga al quorum y voluntad especial de las dos terceras partes, de los miembros de cada cámara.

REFORMA TOTAL O PARCIAL. El Art. 30 dispone que la constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. Hay autores que dicen que no puede reformarse en el todo ya que existen contenidos pétreos, que impiden tal potestad. Los contenidos pétreos son inmodificables o no pueden suprimirse.

EL PROBLEMA DE LOS DENOMINADOS CONTENIDOS PÉTREOS.

Bidart Campos desarrolla la teoría de que la constitución tiene contenidos pétreos. Para este autor, aseverar que la constitución se puede reformar en el todo o en cualquiera de sus partes significa que se la puede revisar en forma integral o total. Pero hay algunos contenidos o partes que, si bien pueden reformarse, no pueden alterarse, suprimirse o destruirse.

Tales son los contenidos pétreos. En nuestra constitución los contenidos pétreos no impiden su reforma sino su abolición.

Ellos son: La forma de estado democrática, la forma de estado federal, la confesionalidad del Estado.

- Lo prohibido sería reemplazar:
 - La democracia por totalitarismo
 - El federalismo por el unitarismo o suprimir la confesionalidad para imponer la laicidad.

EL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL. ETAPAS.

PRIMERA ETAPA

Para reformar nuestra constitución, necesitamos una ley de declaración de necesidad de reforma, emanada del Congreso de la Nación. Esta ley deberá ser votada en sentido afirmativo por las dos terceras partes de la totalidad de miembros de cada cámara. Esta es la mayoría especial, se computa cada cámara por separado. El Congreso puntualiza los temas a reformar. La Convención no puede excederse de esos puntos.

¿Ley o declaración?

Se sostiene que debe ser una ley, ya que es la forma normal, natural y habitual en que el congreso actúa, dada su función como poder constituido.

- Declaración de necesidad reforma – Congreso.
- Cada cámara – voto de las 2/3 partes.
- Diputados observa una diferencia numérica con el Senado.
- Dec. de nec. de reforma – tiene forma de ley.
- Es una declaración / acuerdo político privativo de P. L. que NO puede ser vetado por el P. E.
- En la reforma de 1994 lo fue el “Núcleo de coincidencias básicas”.

SEGUNDA ETAPA (de revisión o constituyente)

Es el periodo en el que se produce la reforma, y es llevado a cabo por la convención reformadora. El Art. 30, no especifica como se integra esta convención. Pero en la Reforma de 1994, los integrantes de la convención fueron elegidos de la misma forma en que se eligen los diputados nacionales.

- Comienza la integración de la convención constituyente.
- Art 30 C. N. no especifica el modo de integración de la convención.
- El derecho consuetudinario la ha integrado: Los convencionales constituyentes son elegidos por el voto popular, de igual manera que los diputados nacionales.

La convención, al momento de reformar, tiene ciertos límites:

1. Los contenidos pétreos.
2. No puede extenderse más allá de los puntos señalados por el congreso.
3. Plazo: Es establecido por el congreso. Su vencimiento, provocaría la disolución automática de esta convención

TERCERA ETAPA (Etapa ratificatoria) → Esta etapa no está prevista en el procedimiento de reforma de nuestra constitución Nacional, pero si se encuentra prevista en varias constituciones provinciales.

EL PROBLEMA DE LAS MAYORÍAS. FORMA DE COMPUTARLAS: EL QUÓRUM.

Bidart Campos: La mayoría de las 2/3 partes debe computarse sobre el TOTAL de los miembros de cada cámara, porque el texto constitucional no dice “miembros presentes” (como lo ha hecho en otras oportunidades).

Este argumento es muy fuerte pero la costumbre indica que siempre se ha hecho sobre los miembros presentes de cada cámara.

El Voto de los integrantes de cada cámara, entonces, no surge del texto constitucional, sino que es impuesto por la costumbre.

PODER CONSTITUYENTE DERIVADO. LÍMITES.

- C. N.
- Está sujeto al procedimiento.
- Sujeto a las prohibiciones y condiciones C.N.
- Sujeto a la ley que declara la necesidad de reforma.

REFORMAS.

REFORMA DE 1860: La Constitución de 1853, establecía la prohibición de reforma por el término de 10 años. Sin embargo, en 1860, se reformó. Esta reforma fue consecuencia directa del Pacto de San José de Flores (año 1859).

Buenos Aires se integraría a la Confederación Argentina, pero se reservaba el derecho de hacer revisar la Constitución de 1.853, por una Convención Provincial. Esta Convención Provincial fue la que decidió reformar la Constitución.

1. 1.- Se eliminó la exigencia de que solo el Senado podía iniciar las reformas Constitucionales.
2. Se suprimió la prohibición de reformar la Constitución de 1.853, durante el término de 10 años.
3. Se incorporó el Art. 33, referente a los "Derechos implícitos" (derechos no enumerados).
4. Se estableció que los derechos de exportación, a partir de 1866, dejarían de ser nacionales

REFORMA DE 1866 – Reforma de 1898: En 1.866, el Congreso declaró la necesidad de reformar la Constitución, a efectos de reestablecer los derechos de exportación. En 1.898, se convocó una reforma por medio de la ley 3507, que fijó los puntos a modificar. Se modificó el Art. 37, respecto a la base de representación de los diputados, se estableció que dicha representación, sería de 1 diputado cada 33.000 habitantes, o fracción no menor de 16.500. Se modificó el Art. 88, aumentando el número de ministros de 5 a 8.

REFORMA DE 1949: La reforma de la Carta Magna se sustentaba sobre tres pilares fundamentales: la inclusión de los derechos de segunda generación, el establecimiento de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer y la intervención del estado en la economía. Se incorporan derechos sociales, del trabajador, de la familia, de la ancianidad. Se estableció la función social de la propiedad, el capital y la actividad privada.

Artículo 37 los derechos sociales y laborales de los argentinos además de introducirse en el redactado, en el artículo 40, las bases sobre las que se fundamentaría la expropiación de los monopolios por parte del estado y se incluyó también en el artículo 78 el concepto de reelección presidencial que consistía básicamente en que un ciudadano que había desempeñado el cargo de presidente pudiera volver a serlo.

Por otro lado, la reformada constitución establecía en su artículo 37, el reconocimiento a la igualdad jurídica de los cónyuges y la patria potestad que venía a complementar el proceso de igualdad entre hombres y mujeres ya iniciado con la ley de 1947 en la cual se reconocía el derecho de la mujer al sufragio y a ser escogida como representante político de la nación.

REFORMA DE 1957: En 1955, se produjo un golpe de estado que derroco al Gral. Perón, y surge un gobierno provisional (Aramburu-Rojas), que DEROGA EXPRESAMENTE LA REFORMA DE 1949, y declara la necesidad de reformar nuevamente a la Constitución.

Agregó el Art. 14 Bis, referente a derechos sociales o "económico-sociales".

Agrega el Art. 67 inc. 11 (hoy Art. 75-12) - facultó al Congreso a dictar el Código de trabajo y seguridad social.

Esta reforma fue duramente cuestionada por no seguir los mecanismos previstos por el Art. 30, ya que, al declarar la necesidad de reforma, el Congreso se encontraba disuelto.

REFORMA DE 1972: La junta militar declaró la necesidad de reforma. Dictó un Estatuto manifestando explícitamente que se hacía en "ejercicio del poder constituyente" que incluía una serie de considerandos y reformó quince artículos de la Constitución.

Reducción del mandato del presidente, vicepresidente, diputados y senadores a cuatro años; reelección del presidente por una vez; reelección indefinida de diputados y senadores; elección directa de presidente, vicepresidente, diputados y senadores; y la creación del cargo de tercer senador por la minoría.

El golpe de Estado de 1976, finalmente deroga esta reforma.

REFORMA DE 1994: Se incorporó a la Constitución, el derecho internacional en materia de derechos humanos, y sistemas de atenuación de presidencialismo, como el Consejo de la Magistratura, el Jefe de Gabinete, y las reglas para decretos-leyes. También se introdujeron, los derechos ambientales, del consumidor, a la información, y la acción colectiva y el amparo, la elección de presidente mediante voto directo y con balotaje, la posibilidad de traslado de la Capital de la República, la autonomía de la ciudad de Buenos Aires.

"Nuevos derechos y garantías", donde se introdujeron siete artículos nuevos (arts. 36 a 43).

Defensa de la constitución y la democracia. Criminaliza los golpes de Estado, establece que sus actos son "insanablemente nulos", reconoce el "derecho de resistencia" contra los gobiernos surgidos de golpes de Estado y asimila los delitos de corrupción en perjuicio del Estado (art. 36).

Derechos políticos. Establece que el "sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio". Ordena dictar leyes de "acción positiva" para garantizar la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres en el acceso a cargos electivos y partidarios (art. 37).

Partidos políticos. Creación libre, organización interna democrática, sostenimiento económico por el Estado, transparencia económica (art. 38).

Iniciativa legislativa popular. Derecho de grupos que reúnan a más del 3% del padrón a presentar proyectos de ley (art. 39). Su aplicación ha sido marginal y vinculada principalmente a iniciativas patrocinadas por los grandes medios de comunicación masivos.

Consulta popular. Vinculante para el caso de proyectos de ley y no vinculante para otras propuestas del Congreso o el Poder Ejecutivo (art. 40).

Derechos ambientales. Incluye la obligación de recomponer el daño ambiental, la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, la información y educación ambientales y la prohibición del ingreso al territorio nacional de residuos peligrosos y radioactivos (art. 41).

Derechos de consumidores y usuarios. Incluye el derecho a "una información adecuada y veraz", a la "libertad de elección" y a "condiciones de trato equitativo y digno". Obliga al Estado a defender la competencia, controlar los monopolios y proveer para la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. Establece la participación de las asociaciones de consumidores y de las provincias, en los organismos de control (art. 42).

Recursos sumarísimos. Para violaciones flagrantes de los derechos constitucionales, incluye los recursos sumarísimos, de amparo, habeas corpus y habeas data. Contempla las acciones colectivas y la vigencia del habeas corpus aún durante el estado de sitio (art. 43).

Pueblos indígenas. Reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la personería jurídica de sus comunidades, la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y la participación en la gestión de sus recursos naturales (art. 75, inc. 17).

Acción positiva. Ordena al Estado tomar medidas de acción positiva para garantizar la aplicación real de los derechos constitucionales, en particular para niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75, inc. 23).

Tratados internacionales. La reforma modificó la pirámide de jerarquía de las normas, al establecer que "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes" (art. 75, inc. 22). Hasta ese momento los tratados internacionales y las leyes habían sido considerados con la misma jerarquía, predominando el último sobre el anterior, en caso de conflicto entre ambos.

LEY 24.309

A fines de 1993, se celebra el Pacto de Olivos, manifestando la intención de realizar una reforma a la Constitución. La última reforma producida en 1994, contenía puntos con alta definición, llamado "núcleo de coincidencias básicas".

La ley 24.309, se basó en el Pacto de Olivos, y le dio forma legislativa al "núcleo de coincidencias básicas".

El "**núcleo de coincidencias básicas**", es un conjunto de 13 ITEMS, que establece en forma precisa e inmodificable, el sentido de cada una de las reformas que el establece. Establece cuestiones a tratar en la asamblea constituyente a votar por sí o por no, ¿El poder constituyente es soberano?

PARADIGMAS DE LA REFORMA DEL 94.

- Económico → Desarrollo sustentable
- Político → Fortalecimiento de la democracia
- Intercultural → Respeto por la diversidad cultural
- Jurídico → Derechos Humanos

DESARROLLO SUSTENTABLE: Proveer al desarrollo humano, protección al medio ambiente, derechos de los usuarios y consumidores, tratados de integración.

FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA: Defensa de la Democracia, Derechos Políticos: sufragio, partidos políticos, formas de participación semi directa. Garantías Constitucionales. Elección directa del presidente con doble vuelta. Reelección y duración del mandato. Supresión del Requisito de confesionalidad. Criterio restringido para los DNU. Creación Jefatura de gabinete. Auditoría General de la Nación. Defensor del Pueblo. Consejo de la Magistratura. Ministerio Publico. Independencia.

MULTICULTURALIDAD: respeto por la diversidad. Reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios. Leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural.

DERECHOS HUMANOS: Tratados internacionales de derechos humanos.

- Generales: Declaración Americana de los derechos humanos. Declaración Universal de los derechos humanos. Pacto de San José de Costa Rica. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Específicos: Materia: Grupo consultivo. Comisión contra el terrorismo. Grupo Humano: Convención derechos del niño. Comisión Interamericana de mujeres.

Normas Constitucionales/normas Foráneas. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD FEDERAL.

Control Judicial del proceso de reforma

MUTACIONES CONSTITUCIONALES

Las mutaciones producen cambios en la Constitución material. Éstos pueden ser de carácter permanente o transitorio, no son objeto de ningún tipo de reglamentación, concretándose sin que se altere la normatividad constitucional, o apartándose de ella, aunque formalmente se encuentre vigente.

POR ADICIÓN: Incorporan a la constitución formal, nuevas disposiciones que no tienen una norma constitucional que las prevea. Ej.: El Dto. 222/03, en el que se crea el procedimiento para hacer pública la candidatura de los jueces de la Corte.

POR SUSTRACCIÓN: "por desuso" ... Se trata de normas de la constitución formal que pierden vigencia sociológica por su falta de uso. Ej.: La siempre postergada obligación constitucional dada al Congreso de la Nación por la constitución textual para que instaure el juicio por jurados.

POR INTERPRETACIÓN: Se da cuando los preceptos de la constitución formal adquieren vigencia en un modo no indicado por la norma que los instauró. Ej.: cuando la Constitución habla en su artículo 25, de fomentar la inmigración europea, debe leerse, fomentar la inmigración útil, sea o no europea.

POR INTERPRETACIÓN DIVERSA: Son aquellos que incorporan o sustraen disposiciones constitucionales a través de la jurisprudencia, en especial la CSJN.

POR DESCONSTITUCIONALIZACIÓN: Son aquellas que se dan, cuando toda la constitución, o alguna parte de ella, pierde vigencia sociológica, ante un contenido opuesto no incorporado normativamente. También se da cuando existe validación judicial de los decretos leyes en el caso de los golpes de estado.

MUTACIONES POR INCUMPLIMIENTO: actúan en contra de una disposición expresa de la constitución que no se encuentra formalmente derogada (es el caso de la necesidad de requerir autorización del Congreso por parte del presidente, para ausentarse de la Capital Federal, antes de que tal norma anacrónica se derogara en 1994).

MUTACIÓN POR IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO: cuando se pretenda formar el tesoro nacional con el producido de la venta de tierras de propiedad Nacional, y no existan ya más en poder del Estado nacional.

MUTACIÓN POR ABUSO CONSTITUCIONAL: se da cuando se ejerce una potestad constitucional reiteradamente en contra del espíritu que la inspira (es el caso de las prórogas sucesivas de las contribuciones directas, cuando la Constitución establece que el Congreso sólo puede disponerlas por tiempo determinado (art. 75 inc. 2º C.N.).

Todo uso puede degenerar en abuso, y bien alerta Miguel Ángel Ekmekdjian acerca de la posibilidad de que, a partir de esta inadecuada tendencia, las mutaciones constitucionales se tornen en las reformas del próximo milenio, a partir de la usurpación del ejercicio del poder constituyente; base y esencia del sistema constitucional.

La constitución prevé un medio idóneo para revitalizar los insumos desgastados del sistema: es la reforma constitucional, que lo revitaliza y realimenta democrática y participativamente.

EL CONTROL JUDICIAL DEL PROCESO DE REFORMA: EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA CSJN.

EL CASO FAYT.

ANTECEDENTES DEL CASO

El ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Carlos Santiago Fayt planteó una acción declarativa de inconstitucionalidad que fue acogida por el juez federal de primera instancia y rechazada por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo federal, habilitándolo así para recurrir al máximo tribunal.

El objeto de la misma era lograr una declaración de inconstitucionalidad del tercer párrafo del inc.4 del artículo 99 y de la disposición undécima, introducidos en la reforma constitucional de 1994.

Artículo 99.- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

“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.” inc.4 párrafo 3.

Cláusula transitoria: **Undécimo.** *La caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el Artículo 99 inc. 4 entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional. (Esta caducidad se operará el 24 de agosto de 1999).*

TRASCENDENCIA DEL FALLO:

La Corte, con el voto de 7 de sus 9 miembros (con una disidencia parcial y un voto por sus propios fundamentos), los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano, López, Vázquez y Bossert, declaró la nulidad de las dos mencionadas reformas introducidas por la Convención constituyente de 1994, produciendo un hecho sin precedentes, ya que **ha invalidado a la propia reforma constitucional, asumiendo así la potestad de revisar judicialmente las facultades del poder constituyente derivado**, contradiciendo la tradicional postura de no inferir en las llamadas “cuestiones políticas no justiciables”

La doctrina constitucional se ha dividido a partir de este fallo. Entre quienes comparten la tesis de la Corte y quienes están en contra de la potestad revisora de la Corte.

La Corte, por otra parte, desestimó la recusación que interpuso el Procurador General de la Nación, Nicolás Becerra, contra todos los miembros (así como un posterior pedido de excusación), con lo cual crearon una situación de extrema gravedad institucional al decidir sobre una cuestión planteada por un colega y que, en algún momento, también los alcanzaría en forma personal (llegar a la edad de 75 años en funciones).

FUNDAMENTOS DEL CASO.

DOCTRINA DEL CONTROL JUDICIAL SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL: el alto tribunal sostuvo en el considerando 6º que ya en el caso "Soria Guerrero, J.A c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. SA" se había aplicado a una convención reformadora (provincial) el principio jurisprudencial que limita las facultades jurisdiccionales en el procedimiento común de formación y sanción de las leyes.

Afirma, además, que el propio Congreso federal, al declarar por ley 24.309 la necesidad de reforma y establecer los puntos sujetos a revisión por la constituyente, dispuso en el art. 6º la sanción de nulidad de todas las modificaciones y agregados que realizase la Convención constituyente, apartándose de la competencia establecida.

DOCTRINA DE LOS LÍMITES PRECISOS DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO O REFORMADOR: Para la Corte, según el precedente de Fallos 316:2743 y la cita de Manuel Gorostiaga en su obra "Facultades de las convenciones constitucionales" de 1898, así como del texto expreso del art. 30 CN, las convenciones constituyentes se reúnen al solo efecto de modificar aquellas cláusulas constitucionales que previamente el Congreso declaró susceptibles de reforma. Ninguna otra reforma es posible ya que faltaría en ese caso tanto la voluntad expresa del legislativo como del pueblo de la Nación que, al elegir a los convencionales constituyentes, lo hizo para que trataran únicamente aquellas reformas y no otras.

RECHAZO DE LA TEORÍA DE LOS PODERES IMPLÍCITOS: El Procurador General en su dictamen – contrario a la postura definitiva que adoptó la Corte- sostuvo que la Convención gozaba de ciertos poderes implícitos que validaban las modificaciones efectuadas en 1994 y ahora impugnadas.

El Alto Tribunal (considerando 9º) sostuvo que dichos poderes implícitos que sin duda existen tienen por finalidad ejercer ciertas atribuciones imprescindibles para poder ejercer las que se concedieron expresamente y siempre que sean adecuadas y compatibles con el diseño general de la Constitución Nacional.

Tales facultades implícitas no son de fondo ni independientes de las facultades expresas, esto es, son auxiliares y subordinadas.

Las facultades expresas son en suma las que constan en las denominadas "coincidencias básicas" que obran el art. 2º de la ley.

En el considerando 10º la corte alude al artículo 6º de la referida ley que sanciona con nulidad todo accionar de la futura convención que importase modificación, derogación o agregado de la competencia determinada en los arts. 2º y 3º.

A nuestro entender, esta norma refuerza el fundamento interior de los límites precisos de las facultades implícitas.

FUNDAMENTO DE LA NO INCLUSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN IMPUGNADA EN LA LEY 24.309: Afirma la Corte – considerandos 11º, 12º y 13º- que la garantía de inamovilidad de los jueces no aparece ni expresa ni implícitamente como materia de objeto de reforma constitucional.

Se concluye entonces que actualmente el Poder Constituido no puede controlar el contenido surgido de una Convención reformativa, más sí su procedimiento.

Unidad 7: Organización del Estado Federal

FORMAS DE ESTADO Y DE GOBIERNO

Las formas de estado surgen de la manera, intensidad o modalidad con la que se distribuye y ejerce el "Poder" sobre la base "Territorial" de un Estado. En este sentido distinguimos tres "formas de estado": Estados Confederados; Estados Unitarios; Estados Federales.

ARTÍCULO 1º. - LA NACIÓN ARGENTINA ADOPTA PARA SU GOBIERNO LA FORMA REPRESENTATIVA REPUBLICANA FEDERAL, SEGÚN LA ESTABLECE LA PRESENTE CONSTITUCIÓN.

Federal: No es una forma de gobierno, es una forma de Estado.

Según Jellinek, los elementos del Estado son 3: El territorio, la población y el poder.

Weber, caracterizó al poder como elemento del Estado como el ejercicio legítimo del monopolio de la fuerza.

Si el Estado establece las normas, y al establecer las normas genera reglas de conducta. Luego es el mismo estado quien vela por asegurar el cumplimiento de esas mismas normas, mientras que a su vez tiene la facultad de sancionar el incumplimiento de las mismas. En todo ello, realiza el ejercicio de la fuerza. Es el único que la ejerce legítimamente.

Legítimo no es lo mismo que legal, debido a que la legitimidad parte del consenso, y el Estado existe sobre la base de ese consenso que implica considerarse como verdadero. Mientras que el término legal implica una cuestión técnica.

El poder se ejerce:

1. Sobre la población
2. Sobre el territorio

ORGANIZACIÓN DEL PODER EN FUNCIÓN DEL TERRITORIO

Existen tres posibilidades de organizar el poder en función de territorio:

1. Poder territorial concentrado (**Estado Unitario**):

El poder de decisión y las máximas facultades se ven concentradas en el gobierno central. Mientras que los gobiernos locales solo administran la vida cotidiana. Máxima concentración del poder.

En esta forma de estado hay un único lugar del "territorio", desde donde se ejercer el "poder". Esta centralizado en un solo lugar el centro de decisión y gravitación de poder. No hay Provincias que los componen. Las Regiones o Distritos son solo divisiones administrativas y carecen de autonomía.

2. Poder territorial equilibrado (**Sistema Federal**)

La forma de estado federal se caracteriza por la descentralización en el ejercicio del “poder”, en diferentes lugares del “territorio”. Está conformado por estados miembros denominados “Provincias”, “Estados” o “Repúblicas”, las que tienen autonomía.

Es el sistema que intenta equilibrar los poderes a nivel territorial. Es aquel en el que el Poder se divide territorialmente por lo menos en dos niveles. Generalmente, los países de mayor extensión territorial tienden al federalismo.

- ✓ Federación amplia: E.E.U.U
- ✓ Federación restringida: Argentina. Alberdi consideró que era muy peligroso reservar la legislación de fondo a los estados locales debido a la historia de guerras civiles, era entonces en nuestro país más viable un modelo federal que delegue esa facultad a un Poder Legislativo unificado. (Art. 75 inc. 12): Corresponde al Congreso: 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, *en cuerpos unificados o separados*, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y *nacionalidad*, con sujeción al principio de *nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina*: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

3. Poder territorial disperso: máxima dispersión del poder (**Confederación**):

Es una unión de estados, donde los estados miembros son soberanos e independientes. Se puede deshacer en cualquier momento, debido a que los estados miembros tienen el derecho a irse cuando quieran (secesión) y además pueden decidir no aplicar al interior de su territorio alguna decisión que hayan tomado los estados confederales (nulificación). El órgano legislativo que tienen las Confederaciones se llama DIETA. La confederación es un sistema inestable, por lo que actualmente no existe ninguna funcionando. Las cuestiones delegadas de los Estados partes son: La defensa común y la representación Exterior. Argentina adoptó esta forma de Estado entre 1851 y 1853.

Esta forma de estado surge por un Pacto o Tratado, en el que cada uno de los estados miembros conservan la Independencia y la Soberanía, y se reservan el “derecho de secesión” (Facultad para retirarse de la confederación) y de “nulificación”

CARACTERÍSTICAS DEL FEDERALISMO EN ARGENTINA.

En el federalismo argentino son las Provincias las que tienen poderes originarios. Esos poderes algunos se los “delegan” al Estado Federal, otros se los “reservan” y otros los ejercen en forma “concurrentes”.

“Artículo 121: Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta constitución, al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.”

PODERES RESERVADOS DE LAS PROVINCIAS

AUTONOMÍA.

- Autonormatividad constituyente: Capacidad para dictarse y modificar su propia constitución (art. 5 C.N.);
- Autocefalía: Capacidad para elegir sus propias autoridades con sistemas electorales propios (art. 122 C.N.);
- Autarquía: Autosatisfacción y disposición económica y financiera de los recursos propios (art. 125C.N.);
- Materia propia: Facultades de Legislación, ejecución y jurisdicción (Régimen Municipal, Educación Primaria (art. 5 C.N.);
- Autodeterminación política: Garantías frente a presiones políticas o económicas que le puedan realizar

PODERES DELEGADOS AL ESTADO NACIONAL

- Sostenimiento del Culto. Art. 2 CN.
- Intervención Federal Art. 6; Art. 75 inc. 31; Art. 99 inc 20.
- Estado de Sitio. Art. 23; Art. 75 inc. 29; Art. 99 inc. 16
- Obligar a los ciudadanos a armarse en defensa de la Patria. Art. 21
- Fomento de la Inmigración Europea. Art. 25
- Reglamentación de la navegación de los ríos internos. Art. 26 – 75 inc. 10
- Promoción y realización de la reforma constitucional Art. 30
- Control de Supremacía constitucional. Art. 31 y 116
- Dirimir conflictos interprovinciales. Art. 127.
- Conforme al ejercicio de los tres poderes Arts 44; 87; 108 CN:
- Hacer efectiva la responsabilidad de algunos funcionarios. Arts. 53-59-60
- Interpelación de ministros. Art. 71
- Unidad de legislación de fondo. Art. 75 inc. 12
- Regulación de comercio interprovincial. Art. 75 inc 13
- Establecimiento de los tribunales inferiores de la justicia federal Art. 75 inc 20.
- Aprobar o desechar tratados de integración y de derechos humanos; tomar conocimiento de los tratados de integración interprovinciales. Arts. 75 incs. 22 – 24 y Art. 126. Art. 99 inc 11 18 B.
- Gobierno Externo.
- Dictar la ley de ciudadanía. Art. 20 – 75 inc 12
- Afianzar las relaciones de Paz y de comercio Art. 27; Art. 75 inc 22 y 24
- Declaración de la Guerra. Art. 75 inc 25 Art. 99 inc 15

- Sostenimiento de los gastos con los recursos del tesoro nacional. Art. 4
- Legislación sobre derechos de importación y exportación. Art 75 inc. 1
- Pedido de empréstitos. Art. 75 inc 4 Coparticipación de Impuestos. Art. 75 inc. 2 “Los poderes de las provincias, por amplios que sean, deben ser ejercidos con las limitaciones establecidas en la constitución Nacional” Fallos 184:223; 186:521
- Establecimiento de banco federal Art. 75 inc. 6
- Arreglo del pago de las deudas Art. 75 inc. 7
- Fijación del presupuesto nacional. Art. 75 inc. 8
- Sello y fijación de la moneda nacional. Art. 75 inc. 1

PODERES CONCURRENTES ENTRE EL ESTADO FEDERAL Y LAS PROVINCIAS

Implican una gestión conjunta entre el Estado Federal y los Estados Provinciales (Incluida la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Dicha gestión conjunta tiene que ver con la materia sobre la que recae, conforme a la identidad de fines entre el Gobierno Federal y el Provincial.

Implica una reglamentación en su “orden”. Arts. 40 – 41 - 75 inc.17 2 - 18 – 19 – 30; Art. 125

TIPOLOGÍA DE LAS RELACIONES ENTRE LOS ESTADOS NACIÓN – PROVINCIA.

- Relaciones de Subordinación
- Relaciones de Participación
- Relaciones de Coordinación

RELACIONES DE SUBORDINACIÓN:

[Bidart Campos: La relación de subordinación se expresa en la llamada supremacía federal. El equilibrio del principio de unidad con el de pluralidad tiende a proporcionar cohesión y armonía mediante la subordinación de los ordenamientos jurídico-políticos locales al ordenamiento federal, para que las “partes” sean congruentes con el “todo”. Ello quiere decir que la constitución federal impone ciertas pautas en las estructuras de lineamiento que deben ser acatadas y reproducidas por las constituciones de los estados miembros. A partir de la reforma de 1994 podemos comprender que el principio de subordinación viene formulado por la interrelación de los arts. 5º, 31, 123, y 75 incisos 22 y 24. A su modo, hay que computar asimismo el art. 128, que reproduce el texto del viejo art. 110. La relación de subordinación no permite decir que los “gobiernos” provinciales se subordinan al “gobierno” federal, ni siquiera que las “provincias” se subordinan al “estado” federal, porque lo que se subordina es el “orden jurídico” provincial al “orden jurídico” federal. Aquellas formulaciones no son, en rigor, correctas].

Los Estados provinciales se encuentran sometidos a ciertas decisiones provenientes del Estado Nacional. Refiere al concepto de Supremacía y gradación jerárquica de las normas. La finalidad de esta relación está destinada a obtener una armonía

en “todo el ordenamiento jurídico”, a través de la subordinación de las normas provinciales a las federales; y el deber de los gobernantes provinciales de hacer cumplir la Constitución Nacional y las Leyes de la Nación.

“**Artículo 5º.**- Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional;...”

“**Artículo 31.**- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales,...”

“**Artículo 128.**- Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación.”

Art. 75 inc 12, inc.11: 11. Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación.

Artículo 29.- El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, *facultades extraordinarias*, ni *la suma del poder público*, ni otorgarles *sumisiones o supremacías* por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

Artículo 22.- 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.

Entonces, El Congreso de la Nación:

Dicta las leyes de fondo, organiza los planes de estudio y establece las universidades nacionales, fija el valor de la moneda Nacional, incorpora y aprueba tratados, etc. Las provincias, le confirieron todas esas atribuciones enumeradas en la Constitución a la Nación, por lo cual están subordinadas a ellas.

RELACIONES DE PARTICIPACIÓN:

[Bidart Campos: La relación de participación implica reconocer en alguna medida la colaboración de las provincias en la formación de decisiones del gobierno federal. Nuestra constitución la institucionaliza componiendo dentro del gobierno federal al órgano congreso con una cámara de senadores, cuyos miembros representan a las provincias. Nuestro bicammarismo responde, pues, a la forma federal del estado. Cabe también incluir, con un sentido amplio de la relación de participación, todo lo que el llamado federalismo concertado presupone en materia de negociación, cooperación, coordinación, y lealtad federal].

Esta relación surge del derecho reservado de las Provincias a participar y colaborar en la toma de decisiones del Gobierno Central o Federal. La teoría

constitucional reconoce dos mecanismos básicos de participación siendo uno de ellos el Colegio Electoral (abandonado en nuestro país por la reforma de 1994 como mecanismo para la elección de presidente de la Nación y vice) y el segundo mediante la representación de los estados miembro en la Cámara de Senadores del Congreso Nacional.

“Artículo 54.- El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tendrá un voto.”

La doctrina reconoce dos formas de participación. Una participación en el Poder Legislativo y una en el Poder Judicial. Y una referencia o mención al Poder Judicial.

1.- A través del **Congreso de la Nación**, las provincias están igualmente representadas en la Cámara de Senadores, debido a que son tres representantes por provincia, sin considerarse su población y se realizan por elección directa, que, hasta el '94, cada provincia establecía cómo se iban a elegir sus representantes (senadores).

En Buenos Aires (año '73) los senadores eran elegidos por la asamblea legislativa (reunidos en conjunto ambas cámaras) en acuerdo con el gobernador de la provincia. La asamblea legislativa tiene que lograr una mayoría de 2/3 para aprobar a los candidatos a senadores nacionales que propone el gobernador. Quien resulte aprobado, debía rendir cuentas ante la legislatura provincial acerca de cómo defendía los intereses de la provincia ante la Nación.

En 1994: se simplifica la elección y se realiza por elección directa. Crítica: se le quitan facultades a las provincias y los senadores ya no votan en representación real de los habitantes de su provincia, sino que votan por partidos.

El senado es la Cámara encargada de prestar acuerdos al Poder Ejecutivo para:

- Nombrar o designar jueces: Si son jueces de la suprema corte se requiere un acuerdo por 2/3, si son jueces inferiores será mayoría simple.
- Nombrar embajadores, aquellos quienes serán los representantes del país frente a las naciones extranjeras donde se encuentren.
- Nombrar almirantes, oficiales (carrera militar).

2.- A través del **Poder Ejecutivo**, es la que se daba antes de la reforma del 94. Mediante el colegio electoral.

Es una forma de elegir presidente de forma indirecta en la cual el pueblo no vota por los candidatos a presidente, el pueblo vota electores. De los cuales surgirá una fórmula más votada quienes consagrarán como presidente y vice. Este mecanismo fue empleado hasta 1989, con la primera elección de Ménem.

El colegio electoral, entre otras cosas, salvó a nuestro país de una guerra civil. En el momento que después de la presidencia de Mitre se habían presentado como candidatos a presidente Urquiza representando a los federales y Alsina representaba a los porteños y un grupo, para evitar, había presentado la candidatura de Sarmiento. Y resulta que Sarmiento es el que menos votos tiene. Cuando se reúne el colegio electoral, los electores se dan cuenta de la situación y el colegio Proclama como presidente a Sarmiento.

En E.E.U.U. se sigue aplicando este mecanismo.

3.- A través del Poder Judicial: El poder ejecutivo nacional propuso una forma de representación en el Poder Judicial. Enviando un proyecto de ley al Congreso para que la CSJN tenga un representante por provincia. Porque la CN no establece cuántos jueces integran la corte. Es una ley del Congreso la que regula el N.º de integrantes.

RELACIONES DE COORDINACIÓN

[Bidart Campos: La relación de coordinación delimita las competencias propias del estado federal y de las provincias. Se trata de distribuir o repartir las competencias que caen en el área del gobierno federal y de los gobiernos locales. Para ello, el derecho comparado sigue sistemas diversos:

a) todo lo que la constitución federal no atribuye al estado federal, se considera reservado a los estados miembros; la capacidad es la regla para éstos, y la incapacidad es la excepción, en tanto para el estado federal ocurre lo contrario: la incapacidad es la regla, y la capacidad es la excepción;

b) inversamente, todo lo que la constitución federal no atribuye a los estados miembros, se considera reservado al estado federal, para quien, entonces, la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción;

c) enumeración de las competencias que incumben al estado federal y a los estados miembros

Nuestra constitución ha escogido el primer sistema. Así lo estipula el art. 121: "las provincias conservan todo el poder no delegado por esta constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación". Donde leemos "poder no delegado por esta constitución" debemos interpretar que la delegación es hecha por las provincias "a través" de la constitución como instrumento originario de formación y estructura de la federación. Son las "provincias" las que "mediante" la "constitución" han hecho la delegación al gobierno federal].

La relación de coordinación trata de distribuir o repartir las competencias que les correspondan a las áreas del Gobierno Federal o de los Gobiernos Provinciales.

- Se toma como regla la competencia Provincial, y la excepción la competencia Federal.

- La competencia residual son aquellas que las Provincias ejercen en circunstancias que no han sido delegadas al Gobierno Federal.
- Los principios respecto de las competencias están establecidos en el art. 121 de C.N.

“Artículo 121: Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta constitución, al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.”

Artículo 4º.- El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.

Artículo 8º.- Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás. La extradición de los criminales es de obligación recíproca entre todas las provincias.

Las decisiones que tome un ciudadano en una provincia son válidas en todas las demás porque la condición de ciudadano en una es idéntica en las demás.

Las provincias y el Estado nacional convergen hacia la homologación de sistemas.

Coordinación entre provincias porque el territorio es Nacional.

Ejemplo: pedido de captura emitido por una provincia, los títulos son válidos en todas las provincias, en materia impositiva existen también relaciones de coordinación y Coparticipación (al establecer quién se queda con lo recaudado). Distribución de los ingresos públicos en base a los ingresos que se perciben.

Artículo 5º.- Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

Artículo 121.- Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

Federaciones por agregación: distintas piezas que estaban sueltas deciden unirse (caso argentino: 14 provincias resultado de la fragmentación del virreinato que decidieron dejar de lado diferencias para conformar algo más grande). Aquí, las regiones preexistían al estado Nacional, son quienes le atribuyen o delegan determinadas facultades a la entidad que conforman. La soberanía originaria es de las provincias.

Federaciones por descentralización: por el contrario, algo grande que se manejaba monolíticamente decide fraccionarse y genera partes (EEUU con la famosa 13 colonias unidas). Aquí, las facultades de las regiones van de la Nación a la Región.

Las provincias son **autónomas**, pero hay materias determinadas en las que las provincias son soberanas, como, por ejemplo: para decidir qué hacer con el Banco Provincia, la Provincia de BSAS hace lo que quiere. El banco de la prov. Está protegido por el acuerdo de 1859 (de incorporación) pacto san José de Flores. “Las

provincias se reservan todo el poder no delegado a la nación. La prov. De Bs as se incorpora conservando todas sus instituciones (banco provincia). El Banco Central se creó en 1930.

La Prov. De Buenos Aires tiene un instituto jubilatorio propio. No es A.N.S.E.S, es I.P.S: Instituto de Previsión Social. Ley Provincial de Jubilación. Régimen jubilatorio de la Prov. de Buenos Aires.

Entonces, las provincias son soberanas en materia reservada.

AUTONOMÍA MUNICIPAL

Artículo 123.- *Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.*

Artículo 129.- *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.

EL CASO RIVADEMAR.

Antes de la Reforma, la Corte interpreta la naturaleza de los municipios y resuelve el Caso Rivademar c/ la Municipalidad De Rosario.

Cuestiones que se plantea y analiza la Corte:

¿Cuál es el poder que tiene una municipalidad para decidir algo? ¿Tiene que cumplir sí o sí las cosas dispuestas por la Provincia o puede decidir algunas por ella misma?

- ¿Los municipios figuran en la Constitución o en una ley? → C.N
- ¿Eligen sus autoridades o son impuestas? → Eligen
- ¿Dictan normas generales o sólo las aplican? → Dictan (ordenanzas)
- ¿Pueden crear tributos o sólo cobran? → crean

Declaran la autonomía municipal. Distinguen a través de estos criterios un ente autónomo de un ente autárquico. Precedente a la Reforma del '94.

Quedan 3 provincias actualmente que todavía no regularon la autonomía municipal, 2 de ellas son las únicas que no han reformado su Constitución. Todas las Provincias argentinas cuando arrancó el período democrático de 1983 modificaron sus constituciones, a excepción de Santa Fe (1960) y Mendoza (1930). Buenos Aires aún no regula la autonomía municipal. Mediante la Ley Orgánica de las municipalidades se organiza y establecen disposiciones comunes de cómo se

gobiernan los partidos comunales. Es una Ley dictada para toda la provincia, que establece que la administración de los municipios bonaerenses está a cargo de dos departamentos: el departamento ejecutivo y el departamento deliberativo (no establece poderes, por eso la justicia de faltas no es poder judicial, sino que es un órgano administrativo).

ORGANIZACIÓN DEL PODER EN FUNCIÓN DE SU EJERCICIO:

LA CARACTERIZACIÓN REPUBLICANA.

La República es una forma de gobierno, aunque no existe un concepto acabado, sí podemos encontrar distintos principios que la caracterizan, ellos son:

- Soberanía Popular
- Texto Constitucional escrito
- División de poderes
- Igualdad ante la ley
- Elección de los gobernantes
- Publicidad de los actos de gobierno
- Periodicidad en las funciones de gobierno
- Responsabilidad de los funcionarios
- Libertad de Expresión
- Pluralidad Política
- Garantías Constitucionales
- Respeto por los Derechos Humanos

ORIGEN.

Roma antigua → Res Públicae: la cosa pública.

La noción de dominio público tiene más de dos mil años. (dominio privado dif. De dominio público)

En el Dominio público los romanos entendían que estaban representados todos los modos de ser romano.

La República romano tiene una compleja organización política que la componen diversas instituciones como el senado, los comicios, los magistrados (cónsul, cuestor pretor), la asamblea de la plebe, los tribunos.

Los romanos regulaban el acceso a las magistraturas a través de la ley Cornelia de los magistrados que establecía pasos (tener 30 años de edad y 10 años

cumpliendo servicios) para poder entrar a la carrera de los honores "cursus honorum".

Así, se fue configurando una idea de que la república es un sistema en el que las funciones del gobierno no están en manos ni de una única persona ni de un único órgano.

Entonces, la división de poderes surge acá, no con la teoría de Montesquieu.

Características:

- División de poderes (principio)
- Igualdad ante la ley (Rousseau): no somos esclavos de nadie, sino sólo ante la ley, y como la ley es la representación de nosotros. Somos libres. Somos todos igualmente iguales ante la ley.
- Elegibilidad de los cargos públicos: el cónsul en roma duraba un año.
- Responsabilidad de los funcionarios públicos: responder por sus actos. En la américa española quedo muy grabando en la conciencia de los pueblos porque los reyes de España les aplicaban a los funcionarios de la administración el juicio de residencia. Rendir cuentas de cómo realizan la gestión, recién cuando avanzaban la residencia podían dedicarse a las funciones. Todos los presidentes en nuestro país han pasado por el Congreso para "rendir cuentas".
- Periodicidad de los cargos: en Prov. De Buenos aires, los intendentes municipales no pueden ejercer dos períodos consecutivos (ley 2017, de reducción de los mandatos).
- Publicidad de los actos de gobierno: Una de las primeras medidas de la revolución de mayo es la creación de la gaceta de buenos aires, para divulgar los actos de gobierno. Hoy por hoy en nuestra constitución esta característica está reforzada por una disposición que establece el art. 43 como "habeas data" → los periodistas no están obligados a revelar sus fuentes de información (segunda vía para reforzar el del derecho del pueblo a estar informado).
- Partidos políticos: se considera fundamental su existencia, porque son quienes representan al pueblo mediante la postulación de sus candidatos. Establece los requisitos, la ley, para conformar uno y meter un representante en el Congreso. Actualmente, la democracia se entiende como una democracia de partidos. Instituciones que intermedian entre nosotros y las decisiones adoptadas. Van a intermediar con el Poder Político: los partidos.
- Independencia de las decisiones judiciales: Ej.: colegio de abogados.
- Algunos autores sostienen también la necesidad de una constitución escrita

Artículos constitucionales que las comprenden y reflejan:

14°, 16°, 18°, 22°, 37°, 38°, 43°, 50°, 53°, 56°, 59°, 70°, 71°, 75° inc.22, 91°, 115°.

SISTEMA DE FRENO Y CONTRAPESOS.

Marshall: fue durante más de 30 años presidente de la Corte. Estableció que la constitución generaba un sistema de pesos y contrapesos (check and balances) → control intrapoderes.

El Poder Legislativo controla a los demás poderes mediante el juicio político.

El Poder Ejecutivo mediante el veto que es el rechazo presidencial de una norma al poder legislativo y el indulto al poder que es el perdón presidencial al poder judicial.

El Poder Judicial interviene mediante el control de constitucionalidad.

El objetivo del sistema: es el imperio de la negociación permanente para que nadie pueda hacerse con el poder absoluto.

Doble control en los mismos poderes:

- Poder Judicial: (apelación)
- Poder Legislativo: cámara de origen, cámara revisora
- Ejecutivo: Para que un decreto sea válido se necesita la doble firma: del presidente y del ministro del área en cuestión.

LA FORMA DE GOBIERNO REPRESENTATIVA

EL SISTEMA DEMOCRÁTICO

Tipos de democracia:

Directa: El Pueblo gobierna directamente, en ejercicio de su soberanía.

Indirecta: El Pueblo delega en sus representantes ejercicio del poder. Se la denomina Democracia Representativa. (Art. 22 C.N.)

Semidirecta: El Pueblo participa excepcionalmente en el ejercicio del poder. Requiere la Democracia Representativa. (Art. 39 . 40 C.N.)

Artículo 22.- 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.

Artículo 39.- 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.

Artículo 40.- 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.

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

La Democracia Representativa tiene como presupuesto que el gobierno actúa en representación del pueblo, quienes los eligieron; y además que el pueblo se gobierna a sí mismo a través de sus representantes. (art.22)

DEMOCRACIA SEMIDIRECTA

Las formas de Democracia Semidirecta son instrumentaciones del derecho de participación y están consagradas en la Argentina a nivel federal explícitamente a partir de la constitución reformada en 1994.

1. Iniciativa popular

Este derecho consiste en que un ciudadano, un grupo de ciudadanos o un grupo social intermedio, propongan ante la Cámara de Diputados un "Proyecto de Ley", para que sea tratado por el Congreso.

"Artículo 39.- *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."

2. Plebiscito. Art. 40 **Párrafo 1º**

Consulta Popular: La inicia la Cámara de Diputados. El voto es obligatorio

Materia: Proyecto de Ley sobre cuestiones constitucionales, legislativas o administrativas. Tiene un efecto vinculante, con promulgación obligatoria. Si se aprueba, es ley, porque hasta el mismo presidente pierde el poder de veto.

3. Referéndum. Art. 40 **Párrafo 2º**

Consulta Popular: la inicia el Congreso o el presidente de la Nación. El voto no es obligatorio. Materia: Cuestiones políticas, soberanía. Su efecto no es vinculante.

FORMAS SEMIDIRECTAS IMPLÍCITAS: Son aquellas formas de Democracia Semidirecta que no se encuentran explicitadas en el texto constitucional, pero que podrían hallarse implícitas en una interpretación del artículo 33º C.N.

- Recall: "Mecanismo por el cual se destituye a los funcionarios públicos, por decisión expresada por medio del sufragio. Se puede instrumentar -mediante de una ley- para todos los funcionarios públicos, excepto para aquellos cuya forma de remoción está prevista en la Constitución."
- Acción Popular: "Consiste en aceptar la legitimación procesal activa en cabeza de cualquier ciudadano para cuestionar judicialmente la constitucionalidad o legitimidad de un acto de alguno de los poderes políticos del estado."
- Apelación popular de sentencias: "Es procedimiento que consiste en someter a la decisión del cuerpo electoral una sentencia judicial que declara la inconstitucionalidad de una ley, decreto, etc."

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

Unidad 8: Supremacía Constitucional

SUPREMACÍA. SIGNIFICADO Y ALCANCES.

La supremacía de la constitución tiene dos sentidos. En un sentido fáctico, propio de la constitución material, significa que dicha constitución o derecho constitucional material es el fundamento y la base de todo el orden jurídico-político de un estado.

Pero el sentido con que el constitucionalismo utiliza la noción de supremacía constitucional es otro. Apunta a la noción de que la constitución formal, revestida de superlegalidad, obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella. Ello envuelve una formulación de deber-ser; todo el orden jurídico-político del estado debe ser congruente o compatible con la constitución formal.

Actualización contemporánea: la supremacía significa —ante todo— que la constitución es la “fuente primaria y fundante” del orden jurídico estatal. Esto, al colocar a la constitución en el vértice de dicho orden, quiere decir que es ella —desde dicha cúspide— la que dispone cuál es la gradación jerárquica del mismo orden, porque como fuente primaria y fundante bien puede ocurrir que la constitución resigne el primer plano al que estamos acostumbrados, para reconocer en dicho nivel más alto que el de ella misma al derecho internacional —sea el general, sea el de los derechos humanos— y/o al derecho de la integración supraestatal y su derivado, el derecho comunitario.

En el derecho constitucional argentino, la doctrina de la supremacía y del control constitucionales ha cobrado vigencia sociológica a través de fuente judicial: la jurisprudencia o derecho judicial la han hecho efectiva. Está pues en la constitución material, pero deriva de principios formulados en la constitución formal.

Dada la estructura federal de nuestro estado, la supremacía constitucional reviste un **dobles alcances**: a) la constitución prevalece sobre todo el orden jurídico-político del estado; b) la constitución, en cuanto federal, prevalece también sobre todo el derecho provincial (y dentro de esta segunda supremacía, prevalece juntamente con la constitución federal todo el derecho federal —leyes, tratados, etc.—); esto se verifica leyendo los arts. 5º y 31.

El principio de supremacía se completa con los principios del art. 27 (para los tratados que sólo tienen prelación sobre las leyes), del art. 28 (para las leyes), y del art. 99 inc. 2º (para los decretos del poder ejecutivo que reglamentan a las leyes).

Después de la reforma de 1994, es imperioso asimismo tener presente una añadidura de suma trascendencia: en virtud del art. 75 inc. 22 hay tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional por figurar en la enumeración que se hace en dicha norma, y otros que pueden alcanzarla en el futuro conforme a la misma. Por consiguiente, tales tratados revisten igual supremacía de la constitución, y aunque no forman parte del texto

de la constitución, se hallan fuera de él a su mismo nivel en el bloque de constitucionalidad federal.

TEORÍAS MONISTA Y DUALISTA

Son las teorías que intentan definir el momento en que un tratado se incorpora al derecho interno de un Estado, oportunidad en que manifiesta la aptitud de fuente del derecho Constitucional.

Teoría dualista: sostiene que existen dos órdenes jurídicos independientes (interno-internacional). El orden jurídico internacional posee distintas fuentes, objeto, sujeto e instituciones. Y para receptor estas normas del derecho internacional en el derecho interno, es necesario de un acto que la recepte y la transforme, realizado mediante la sanción de una ley que programe cómo se va a aplicar la recepción de esa norma. Este proceso se le reconoce con el nombre de recepción o incorporación de la norma internacional para aplicarse en el derecho interno. Ante el conflicto de una norma internacional y una de derecho interno, confiere prelación a la Constitución que al Tratado.

Teoría monista (Kelsen): sostiene que existe un solo ordenamiento jurídico que incluye tanto el derecho internacional como el derecho interno de cada estado y que un tratado internacional para entrar en vigencia en un Estado que lo ha celebrado, suscripto y ratificado no requiere de una ley previa que lo convierta en derecho interno. Es decir, que cobra plena vigencia en ese estado sin necesidad de una transformación previa. Ese tratado internacional incorporado al derecho interno con la sola ratificación del mismo resulta operativo y de aplicación inmediata. Esta teoría reconoce la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

El gran cambio jurisprudencial y doctrinario que motiva inclinarse a la teoría monista se empieza a dar a partir de la incorporación al ordenamiento nacional mediante la ley 19895 (1972) de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Art. 26: "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ella de buena fe"

Artículo 27: "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL ARGENTINA RESPECTO A LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS:

➤ Antes de la reforma de 1994:

El **art. 31** resuelve dos temas fundamentales:

1. supremacía de la constitución
2. el orden de prelación de las leyes.

De su texto se infiere con claridad la supremacía que ejerce la Constitución Nacional por sobre las leyes internas. En virtud que las mismas deben dictarse en congruencia a las disposiciones constitucionales. Respecto a la jerarquía entre tratados y leyes estos son igualmente calificados como ley suprema de la Nación y por lo tanto no existía un fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno.

El art. 27 de la Constitución Nacional establece que los tratados deben estar en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

Esta disyuntiva se puso de manifiesto en el caso **Martin y compañía limitada c/ Administración General de Puertos** resuelto por la corte suprema nacional en el año 1963, donde la corte suprema, rechazando el planteo de la empresa Martin dice que ni el art. 31 ni el 100 atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación, ambos "leyes y tratados" son calificados como ley suprema de la nación y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno, así aplica un criterio seguido desde hacía tiempo por la jurisprudencia norteamericana, que es el de "ley posterior deroga ley anterior". Consecuentemente, la Constitución prevalecía sobre leyes y tratados. Y el conflicto entre leyes y tratados se resolvía de esa manera. Hasta 1992 la mayoría de las soluciones dadas por la CSJN eran coincidentes con la postura dualista. Esto se plasma en el caso Eckmedjián c/ Neusdat (1988). La corte decidió que el derecho de réplica contenido en el pacto san José de Costa Rica no era operativo, sino que era programático. La corte no reconoce a los tratados internacionales jerarquía superior a las leyes, además rige el principio que una ley o tratado posterior puede modificar a uno anterior.

La excepción a esto se dio en el año 1948 mediante el caso **Merk Química Argentina S.A. c/ Gob. Nacional**. La suprema corte se inclina por una solución monista con primacía del derecho internacional. Haciendo respetar compromisos asumidos internacionalmente aún sobre las posiciones constitucionales. En este caso, el poder ejecutivo como consecuencia de la declaración de guerra hecha por nuestro país a Japón y Alemania y en cumplimiento de diversos decretos/leyes dispuso el cumplimiento de retiro de los bienes de Merk química argentina alegando que la sociedad propietaria era vinculada con países por los que Argentina estaba en guerra. Y sostuvo que en tiempos de paz el orden interno se regula por las disposiciones constitucionales que ha adoptado, por tanto, ningún tratado puede serle opuesto si no está de conformidad con la constitución, pero en estado de guerra la cuestión se aparta de aquellos principios generales de la constitución nacional y los tratados internacionales deben ser cumplidos con todo

el rigor. El estado de guerra presupone un estado de grave e inminente peligro para la nación más cuando se está en presencia de la soberanía y la seguridad interna y externa de la nación.

Evolución Jurisprudencial: año 1992 → Caso Eckmedjián c/ Sofovich.

Se plantea la cuestión si el derecho exigido por Eckmedjián tenía carácter programático u operativo. El criterio abordado por la corte fue inclinarse por un criterio operativo del derecho de réplica y dejar de lado la jurisprudencia de carácter dualista que se veía aplicando hasta el momento.

Sostiene así que a partir de su ratificación un tratado se incorpora al derecho interno y que la convención americana sobre derechos humanos fue aprobada en 1984 por la ley 230154. Además, un estado parte no puede incumplir un tratado ni desobligarse invocando normas de derecho interno (art. 27 de la Convención de Viena). De esta manera, la corte decide hacer lugar al derecho de réplica.

En estos dos casos, se muestra la diferente forma en que la CSJN interpreta la norma del derecho internacional (art.14 - Pacto San José de Costa Rica).

LA EVOLUCIÓN EN NUESTRO DERECHO.

La jurisprudencia tradicional había interpretado el primer párrafo del art. 31 poniendo en primer escalón a la constitución nacional y un escalón más abajo a las Leyes de la Nación y a los tratados internacionales, sin diferenciarlos. Ha seguido aquí la teoría dualista, según la cual el orden jurídico interno es independiente del orden jurídico internacional. En tiempo de guerra, en cambio, la jurisprudencia de la CSJN privilegió las disposiciones de ciertos tratados por encima, incluso, de la CN.

Las constituciones más modernas establecen específicamente que los tratados con países extranjeros no pueden ser derogados por las leyes ordinarias sin un procedimiento especial, con lo cual se intercala un escalón intermedio entre la constitución y las leyes. En nuestro país se había insinuado con el voto del ministro de la Corte Suprema el Dr. Petracchi, en el fallo "Ponzetti de Balbín" el carácter supralegal del Pacto de San José de Costa Rica.

El caso ekmekdjian.

La tesis monista fue adoptada por la corte en 1992, en el fallo Ekmekdjian c Sofovich y luego confirmada en fallos posteriores como Fibraca c/ comisión técnica mixta de Salto Grande y Café la Virginia, según aquella, los tratados están un escalón jerárquico superior a las leyes.

Esta tesis fue adoptada expresamente por el texto constitucional luego de la reforma del 94. Donde según ella, los tratados internacionales están por encima de las leyes de la nación (art. 75 inc. 22).

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD FEDERAL:

CN

Tratados internacionales

Leyes de la Nación

Leyes Provinciales

La configuración establecida por el "Bloque Federal Constitucional", explicita un cambio de paradigma en la caracterización del Estado:

Estado constitucional de derecho →/reforma '94/→ Estado Constitucional y convencional de derecho.

ART. 75 INC. 22

Jerarquía normativa respecto de los tratados internacionales de derechos humanos,

En virtud del precedente sentado en el caso Eckmedjian c/ Sofovich la reforma del 94 deja en claro la jerarquía que ostentan estos tratados dentro del orden interno. De esta manera nuestra constitución actual se encuadra dentro de la teoría monista al optar por la directa aplicación de las normas internacionales en el ámbito interno. Más allá de las disposiciones de la convención de Viena, la misma CN establece que los tratados son supralegales (jerarquía superior a las leyes) y en caso de conflicto y oposición entre disposiciones estos, primará el tratado.

Art. 75 inc.22

22. 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 sobre 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.

Primer párrafo: tratados y concordatos supralegales, pero infra constitucionales.

Segundo párrafo: jerarquía constitucional. La enumeración en este párrafo no es de carácter taxativo.

Tercer párrafo: permite la incorporación de otros tratados sobre esta materia para que gocen de jerarquía constitucional.

En la actualidad, en virtud de este último párrafo se han agregado 3 tratados de derechos humanos siguiendo este mecanismo. Ellos son:

- La Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas (1997)
- Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y lesa humanidad (2003)
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2014)

Así, la CN y los 14 tratados de DDHH conforman el **bloque de constitucionalidad**.

¿QUÉ OCURRE SI EXISTEN CONTRADICCIONES ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y UN TRATADO CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL?

Existen distintas posturas:

1. Los tratados y convenciones internacionales de DDHH con jerarquía tienen un rango inferior a la constitución. Quienes apoyan esta postura se sustentan en el texto constitucional cuando refieren que gozan de esa jerarquía "en las condiciones de su vigencia" refiriéndose con las reservas y aclaraciones que al ratificarse el tratado el Estado Argentino haya realizado. "no derogan artículo alguno de la primera parte de la constitución." Deben entenderse complementarios a los derechos y garantías allí reconocidos. Otro argumento que sostiene esta postura es el art. 27: **Artículo 27.-** El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución
2. Otra postura, sostiene que los derechos humanos con jerarquía constitucional tienen el mismo rango que los derechos establecidos en la parte dogmática de la constitución. Es decir, que los tratados están en un pie de igualdad con la constitución nacional. Valen como ella, la complementan ampliando de esta manera las garantías que la misma constitución establece en orden a la vigencia y reconocimiento de estos derechos.
3. Otra postura afirma que el derecho internacional prima sobre el derecho interno y esto surge de interpretar el art. 27 de la convención de Viena que en el espíritu de la norma incluye también a la constitución. Frente a la contradicción entre los tratados internacionales y la constitución, siempre el camino más adecuado para resolver el conflicto es buscar la fuente más favorable a la persona, es decir aplicar el principio *pro-homine*.

ART. 75 INC. 24: “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.”

La voluntad de los constituyentes de 1994 se orientó hacia un sistema de integración supraestatal, en este punto es importante considerar:

- Los procesos de integración regional y el “Derecho Comunitario”
- La conformación del “Derecho Supranacional”.

Los estados siguen existiendo. Sus ordenamientos internos también. Sus constituciones también. Pero se les filtran contenidos que provienen de fuentes heterónomas o externas, o sea, colateralmente. Entre ellas, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comunitario —recién citados— cobran relevancia. Quiere decir que, en virtud de principios generales del derecho internacional, de tratados internacionales sobre derechos humanos, y de la integración estatal en comunidades supraestatales que engendran su propio derecho comunitario, los estados incorporan a su derecho interno contenidos que derivan de aquellas fuentes heterónomas o externas; esas fuentes no están por “encima” del estado, sino en sus “costados”, en su periferia; “afuera” del orden jurídico interno; por eso las denominamos fuentes “heterónomas” o externas. Pero que condicionan y limitan al derecho interno, incluso a la constitución, no puede negarse.

Cuando enfrentamos al derecho comunitario que es propio de un sistema de integración, las decisiones de los órganos de la comunidad, y el derecho comunitario proveniente de ellos, quedan exentos de control constitucional, porque es presupuesto de la integración que el estado que se hace parte en ella inhibe su control interno de constitucionalidad, ya que si éste funcionara podría llegarse a declarar inconstitucional cualquier contenido del derecho comunitario, y tal resultado dislocaría la existencia, el funcionamiento y la coherencia de la comunidad supraestatal y de su derecho comunitario que, como uniforme a toda ella y a los estados miembros, no tolera que éstos se opongan a la aplicación de sus normas en sus jurisdicciones internas, ni las descalifiquen por contradicción con su derecho interno. Tanto la constitución como las normas infra constitucionales, en cambio, son inconstitucionales si colisionan con el derecho comunitario.

LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS.

Para aplicar las pautas recién esbozadas al derecho constitucional argentino, hay que tomar en cuenta las innovaciones que desde el 24 de agosto de 1994 ha introducido la reforma de la constitución.

El art. 75 inc. 22 sienta, como principio general, el de la supralegalidad de los tratados internacionales de toda clase: los tratados prevalecen sobre las leyes, con una sola excepción.

La modificación ha de verse así: a) en concordancia con el viejo art. 27, los tratados están por debajo de la constitución, pero b) por encima de las leyes, y de todo el resto del derecho interno.

Este principio implica el abandono de la jurisprudencia de la Corte Suprema vigente hasta 1992, que no reconocía el rango supralegal de los tratados.

La excepción viene dada para los tratados de derechos humanos, de la siguiente manera: a) El mismo art. 75 inc. 22 inviste directamente de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos que enumera taxativamente, pero además b) prevé que mediante un procedimiento especial otros tratados de derechos humanos puedan alcanzar también jerarquía constitucional.

En los dos supuestos, tales tratados no entran a formar parte del texto de la constitución y quedan fuera de él, en el bloque de constitucionalidad federal, y comparten con la constitución su mis-ma supremacía. O sea, no son infra constitucionales como los otros.

En cuanto a los tratados de integración a organizaciones supraestatales, el art. 75 inc. 24 debe entenderse como remitiendo al principio general del inc. 22 que sólo confiere a los tratados prelación sobre las leyes. Este principio vuelve a enunciarse en el inc. 24 con referencia a las normas dictadas en consecuencia del tratado de integración (es decir, con relación al derecho comunitario emanado de los órganos de la comunidad supraestatal).

IUS COGENS.

Las reglas del "ius cogens" son normas del Derecho Internacional de carácter imperativas, inderogables e indisponibles, estas tres características pueden ser encontradas en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena:

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

Artículo 64. Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general. Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

En el año 1972 Argentina ratificó esta Convención sobre validez de los tratados.

Fundamentos en el fallo *ekmekdjian*: buscar.

Unidad 9: Control de Constitucionalidad.

CONCEPTO Y RELACIÓN CON LA SUPREMACÍA

La doctrina de la supremacía exige, para su eficacia, la existencia de un sistema garantista que apunte a la defensa de la constitución y al control amplio de constitucionalidad. En efecto, el principio de la supremacía llega a la conclusión de que las normas y los actos infractorios de la constitución no valen, o lo que es lo mismo, que son inconstitucionales o anticonstitucionales. Sin embargo, nos quedaríamos a mitad de camino si después de arribar a esa conclusión, no estableciéramos un remedio para defender y restaurar la supremacía constitucional violada. Por eso, la doctrina de la supremacía pasa de inmediato a forjar el control o la revisión constitucionales.

El control judicial de constitucionalidad cuenta con la fórmula acuñada por la Corte Suprema desde su fallo del 5 de diciembre de 1865, la cual, si bien se refiere expresamente a las leyes, se torna extensiva a normas y actos distintos de las leyes. Dicha fórmula dice así: "Que es elemento de 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 su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos".

Concepto: Conjunto de instrumentos procesales cuyo objeto es hacer valer el contenido, los alcances y la evaluación de la ley constitucional. Mecanismo tendiente a asegurar la supremacía constitucional y el orden jerárquico de las normas de un ordenamiento jurídico.

ORÍGENES HISTÓRICOS.

EL CASO BONHAM

Los protagonistas del caso son Thomas Bonham y el Royal College of Physicians (Colegio de Médicos de Londres). Bonham, que había estudiado y graduado en la carrera de medicina en la Universidad de Cambridge, comenzó a ejercer como médico en Londres sin el consentimiento del College.

Cabe recordar que el College por una ley del parlamento confirmó su "chárter", que había sido aprobada durante el reinado de Enrique VIII (Rey de Inglaterra entre 1509 y 1547). De conformidad con tal ley, el College obtuvo el derecho a actuar como un tribunal en orden a juzgar a todos los que practicaban la medicina en Londres, lo que se traducía en la admisión como miembros de

quienes considerara académicamente cualificados, en la concesión de licencias a quienes, sin una cualificación académica, hubieren demostrado su experiencia práctica, y en el castigo de quienes ejerciesen la medicina deficientemente o sin su autorización.

El presidente del College, le recordó Bonham sus reiteradas desobediencias y éste adujo que practicaba la medicina y la iba a seguir practicando sin requerir la autorización del Colegio y sin obedecer a su presidente, pues ellos carecían de competencia sobre quienes se habían graduado en las Universidades.

Pero con una simple lectura de la ley, el Colegio tenía esas facultades, razón por la cual el presidente y los censores decidieron enviar a Bonham a prisión, situación que había de mantenerse a la voluntad de aquéllos al estimar que el médico había incurrido en desacato ("for contempt").

Bonham fue enviado a prisión por unos días y severamente multado; fue puesto en libertad tras una petición de habeas corpus, contraatacó con su propia demanda en la Court of Common Pleas y en la que argumentaba que su encarcelamiento había sido "against the law and custom of this kingdom of England" (contra la ley y las costumbres de este reino de Inglaterra).

La Court of Common Pleas se dividió en una mayoría de tres jueces a favor de Bonham –Daniel, Warburton, y Coke – y una minoría de 2 a favor del College – Foster y Walmesley. En aquel entonces las opiniones de los jueces se presentaban por separado. La opinión de Sir Edward Coke, el presidente de la Court of Common Pleas en aquel momento, es la más famosa de las cinco. Aunque Coke basó su decisión en varias razones –su opinión es compleja y detallada-, la que es relevante para nuestra discusión fue en la que afirmaba:

Que la ley de 1553 constituía al College tanto en parte como en juez de un posible caso de intrusismo en medicina, lo cual era, en opinión de Coke, un absurdo jurídico.

¿Es el argumento de Coke en el caso Dr. Bonham una aplicación del principio de supremacía del imperio de la ley?

Los historiadores del derecho han debatido este punto por años. Una parte de la doctrina, más moderada, sostiene que Coke solo quería establecer criterios de interpretación de las leyes del parlamento de tal manera que, en caso de ambigüedad de las mismas, estas fueran interpretadas de acuerdo con los principios generales del derecho. De esta manera cuadran, por ejemplo, la defensa de Coke de la soberanía del parlamento frente a la monarquía de los Estuardos.

Otra parte de la doctrina, más radical, responde que había poca ambigüedad en la ley de 1553 y que Coke realmente buscaba imponer el principio de control de constitucionalidad y supremacía de la common law; y que la aparente defensa de la soberanía parlamentaria era únicamente contra los ataques de la monarquía a las mismas. Esta defensa es particularmente interesante porque construye sobre

una visión más global de Coke sobre el origen y papel de la common law y el peso de la autoridad y la razón en el razonamiento jurídico.

Pero independientemente de cuál sea la interpretación favorita de cada uno, el caso del Dr. Bonham fue perdiendo peso en la tradición jurídica inglesa frente a la doctrina de la soberanía suprema del parlamento. Fue, curiosamente, en las colonias americanas que luego constituyeron Estados Unidos, que el caso tuvo una segunda vida (es también en las colonias donde las obras de Coke fueron leídas con detalle por muchos de los líderes revolucionarios).

EL CASO MARBURY

El caso Marbury vs. Madison, no cabe duda, constituye uno de los principales hitos del constitucionalismo. Ello está plenamente justificado, pues es la primera ocasión en la que, de manera clara, se afirma el principio de "Supremacía de la Constitucional" frente a una ley, y determina la inaplicación de esta última por ser inconstitucional.

Además de lo ya señalado, el caso presenta muchas otras singularidades y es importante (e incluso actual) por varias razones. Para su comprensión se debe considerar el contexto en que surgió el caso.

Los hechos fueron los siguientes: antes de que Adams deje la presidencia de los EE.UU., para ser reemplazado por Thomas Jefferson (del partido republicano), el gobierno del partido federal designó a varios jueces de paz. Este proceso de designación involucraba el nombramiento por parte del Presidente con la posterior ratificación del Congreso; tras ello, correspondía, como acto de perfeccionamiento formal, que el documento de nombramiento sea sellado y remitido por correo por el Secretario de Estado (a cargo de esto, estaba Jhon Marshall). Lo cierto es que William Marbury fue nombrado juez de paz casi el último día de gobierno del partido federal y John Marshall no le alcanzó el tiempo para sellar o enviar todos los nombramientos que acababan de hacerse, entre ellos el de Marbury.

Asume como presidente Jefferson nombrando como nuevo Secretario de Estado a James Madison, quien se negó a sellar y a distribuir las credenciales pendientes, e incluso eliminó los nuevos juzgados creados por Adams. Frente a esta situación William Marbury, presentó un mandamus pidiendo al nuevo Secretario de Estado que le envíe su nombramiento, el cual ya estaba sellado. Este pedido, llegó directamente a la Suprema Corte.

La Corte Suprema de Estados Unidos, tenía como presidente a Jhon Marshall desde 1801, en un contexto en que el Poder Judicial se encontraba devaluado y carecía de protagonismo.

La Corte resolvió que, aunque era cierto que le asistía un derecho a Marbury y que este merecía tutela, la ley que habilitaba a la Suprema Corte a resolver un mandamus como el presentado contravenía lo dispuesto por la Constitución.

Más específicamente, señaló que si bien la Judiciary Act habilitaba a la Corte Suprema para conocer algunos mandamus en primera instancia (con competencia originaria), dicha competencia legal resultaba inconstitucional, pues no se ajustaba a lo dispuesto por la Constitución (que disponía que, salvo algunos pocos supuestos, la Corte Suprema solo ejercía competencia "por apelación")

En esta línea, y con independencia de la situación de Marbury (a quien finalmente no se le tuteló el derecho), la Corte sostuvo que la Constitución establecía límites para los poderes públicos, los cuales no podían ser rasados por estos, prohibición que había sido desatendida por el Congreso al dar la Judiciary Act. Y lo más relevante: precisó que cuando una ley se opone a la Constitución esta deja de ser válida y, siendo así, declaró que la ley que establecía la competencia de la Suprema para que esta resuelva mandamus de manera directa no podía ser aplicada, por ser inconstitucional.

La sentencia dictada en este caso deja varios aportes, el primero, es que la Corte Suprema no solo afianzó el valor de la Constitución, sino también afirmó su propia legitimidad y poder. En este mismo sentido es que el caso Marbury, con el paso del tiempo, se ha consolidado como la "sentencia símbolo" de la judicial review (o del modelo de "control judicial difuso de constitucionalidad").

El segundo, y esto es lo más importante para la historia del constitucionalismo, es que, aunque existen antecedentes previos (y tal vez el Bonham Case, resuelto por el juez Edward Coke en Inglaterra, en 1610, sea el más conocido) esta es la primera vez en que de manera expresa se somete al poder político –ni más ni menos que a una ley del Congreso– al valor normativo de la Constitución.

EL CASO SOJO

En el año 1887, el periódico "Don Quijote" realizó la publicación de un dibujo, esto provocó la reacción de rechazo de algunos diputados de la nación. A raíz de esta publicación, su redactor el Sr. Eduardo Sojo fue detenido y puesto en prisión, por de una resolución de la Cámara de Diputados. Sojo interpuso una acción de "Habeas Corpus" directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, diciendo que ésta tenía competencia establecida por una ley de 1863 sobre jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales.

La Corte Suprema dice que no tiene jurisdicción originaria para conocer en recursos de hábeas corpus interpuestos por particulares, salvo que el individuo arrestado fuera embajador, ministro o cónsul extranjero; o el arresto hubiese sido decretado por tribunal o juez de cuyos autos le correspondiese entender por apelación. Y que, además, la Corte no puede entender en este caso sobre un mandamiento del poder legislativo, porque sería repugnante a la independencia de los poderes. Y, además, la citada ley no crea un nuevo caso de jurisdicción originaria, ni se puede ir más allá de los casos que cita la constitución.

Una ley no puede ampliar la jurisdicción de la corte más allá de los Poderes que le confiere la Constitución Nacional.

Por lo tanto, durante los primeros cuarenta años de existencia de la Corte, el activismo (es decir, lo novedoso de sus fallos), podría confundirse con la consolidación del tribunal, la delimitación de su competencia, el afianzamiento de las instituciones y la elaboración del vocabulario constitucional. Pero en ese paisaje se destacan los fallos "Sojo" y "Municipalidad c/ Elortondo" en los cuales el máximo tribunal abrió una senda, marcando el camino a seguir por los tribunales inferiores, ya que con ellos introdujo el modelo norteamericano de control de judicial constitucionalidad de los actos de los demás poderes. Podrá decirse que "Sojo" no es más que una aplicación analógica de "Marbury vs. Madison" de su par norteamericana.

EL CASO FAYT

"Fayt" (Fallos 322:1616), fue un juez de la CSJN que interpuso una acción declarativa de certeza, invocando la protección de su derecho y el respeto de la garantía de estabilidad y permanencia vitalicia en su cargo por entender que el art.99, inc. 4to, párrafo 3ero. no era aplicable.

En 1999, la Corte Suprema de Justicia de Nación en el caso Fayt resolvió; declarar "la nulidad de la reforma introducida por la Convención Reformadora de 1994 en el artículo 99º, inciso 4º, párrafo 3º.

Dijo la CSJN: "16. Que toda vez que la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional dispuso expresamente en su artículo sexto 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 (artículo 6º), resulta incuestionable que esta Corte, en su carácter de intérprete final de la Constitución Nacional, se haya facultada para cumplir con el mandato implícito contenido en tal precepto resolviendo lo propio".

"17. Que, en las condiciones que anteceden, por razón de no responder a habilitación alguna contenida en la ley 24.309, corresponde considerar nula de nulidad absoluta la cláusula del artículo 99, inciso 4º, párrafo tercero, de la Constitución Nacional sancionada en 1994 (artículo 6º, ley citada), así como, por lógica implicancia, la disposición transitoria undécima".

Podríamos decir que la CSJN, entendió que la CONVENCIONAL constituyente se extralimitó en sus funciones, al incorporar al texto constitucional una cuestión que no se encontraba en la ley de necesidad de reforma 24.309. Determinando así, el LIMITE AL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO.

EL CASO SCHIFFRIN

El 28 de marzo de 2017 en el marco de las actuaciones "Schiffirin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional" la CSJN resolvió (con otra composición: Lorenzetti, Maqueda y Rosatti con disidencia del Dr. Carlos Rosenkrantz) todo lo contrario que en el caso FAYT. La Corte Suprema da un giro de 360° y abandonó lo decidido en el fallo "Fayt" en 1999.

En este caso la CSJN, por mayoría, reconoció las facultades de la Convención Constituyente de 1994 y restableció el límite constitucional de 75 años de edad para la función judicial.

Dijo que, la Convención reformadora actúa como poder constituyente derivado y es libre para determinar si lleva a cabo la reforma y para definir el contenido de las disposiciones constitucionales que modificará. Afirma que el control judicial sobre la convención debe realizarse con máxima "deferencia" (delicadeza) en atención a la legitimidad y representatividad que tiene la Convención Constituyente, que es ni más ni menos que la soberanía del pueblo. En caso de duda debe optarse siempre por la plenitud de poderes de esa Convención.

La necesaria intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo -cuando los jueces federales alcanzan la edad de 75 años- aparece razonablemente como una de las modalidades posibles reservadas a la Convención Constituyente. La aplicación de la nueva doctrina lleva a concluir que la convención constituyente de 1994 "no ha excedido los límites" de su competencia al incorporar la cláusula del art. 99, inc. 4º, tercer párrafo, de la Constitución Nacional. Ni tampoco ha vulnerado el principio de independencia judicial, que hace a la esencia de la forma republicana de gobierno; ello así, en tanto el límite de edad modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo, pero no la garantía de inamovilidad de los jueces.

EL CASO ELENA HIGHTON DE NOLASCO

El juez de primera instancia del fuero Contencioso Administrativo, Enrique Lavié Pico, hizo lugar al amparo que presentara Highton de Nolasco en diciembre de 2016 para poder seguir en su cargo. En su fallo, Lavié Pico declaró la "nulidad" de la reforma hecha en el año 1994 del Artículo 99, inciso 4to. de la Constitución.

Cito la jurisprudencia de la CSJN, en el caso FAYT y puso como ejemplo a otros jueces que lograron quedarse tras cumplir los 75 años y tomó como cierto que la Convención Constituyente se excedió en sus atribuciones al reformar el artículo 99, ya que la ley que convocó a la Reforma (Ley N°24.309 de Declaración de la necesidad de la reforma constitucional) no menciona la limitación por edad.

Lo llamativo del caso Highton es que, la fecha de sentencia fue en febrero de 2017, 30 días antes que la CSJN se expidiera en Schiffirin. Llamativamente aquí el Fiscal "no apeló la sentencia de 1era instancia" dejando firme el resolutorio. Pero, en marzo de 2017 la CSJN dijo todo lo contrario en Schiffirin, negándole a este Juez Federal de La Plata la continuidad en su cargo. Elena Highton de Nolasco, continúa hoy como Ministra de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La ley 24.309 (artículo 3º, tema e), incluyó los diversos componentes del proceso de designación de los jueces federales que impera en nuestro país.

Esa habilitación, sostiene la conclusión de la necesaria intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo -cuando los jueces federales alcanzan la edad de 75 años- aparece razonablemente como una de las modalidades posibles reservadas a la Convención Constituyente.

La aplicación de la nueva doctrina, establecida en el caso Schiffrin, lleva a concluir que la convención constituyente de 1994 no ha excedido los límites de su competencia al incorporar la cláusula del art. 99, inc. 4º, tercer párrafo, de la Constitución Nacional. Ni tampoco ha vulnerado el principio de independencia judicial, que hace a la esencia de la forma republicana de gobierno; ello así, en tanto el límite de edad modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo, pero no la garantía de inamovilidad de los jueces.

Clase:

SISTEMAS DE CONTROL:

De control político → modelo europeo

De control judicial → modelo americano (origen: Marbury vs Madison) -Creación pretoriana del control.

De control mixto. →

El caso Sojo, es el primero que adapta a nivel nacional la doctrina sentada en el caso norteamericano sobre el control de constitucionalidad.

Para que proceda el control de constitucionalidad siempre debe existir un conflicto, ya que se ejerce sobre la base de este, de modo contrario, los jueces estarían legislando.

Bidart Campos: ↓

Por el órgano que toma a su cargo el control, los dos sistemas principales son:

a) **El político**, en el que dicho control está a cargo de un órgano político (por ej.: el Consejo Constitucional en la constitución de Francia de 1958, o el senado en la de 1852 del mismo país).

b) **El jurisdiccional**, en el que dicho control se moviliza dentro de la administración de justicia o poder judicial.

El sistema jurisdiccional puede, a su vez, subdividirse en:

- **difuso**, cuando cualquier órgano jurisdiccional —y todos— pueden ejercer el control (por ej. en Estados Unidos);
- **concentrado**, cuando hay un órgano jurisdiccional único y específico, al que se reserva la competencia exclusiva de ejercer el control (por ej.: Italia,

Uruguay, España, etc.); (a veces, ese órgano jurisdiccional no forma parte del poder judicial, sino que se considera un órgano extra poder, como en Italia);

- **mixto**, cuando tanto un tribunal constitucional como los jueces ordinarios invisten competencia, cada cual mediante diversas vías procesales (por ej.: Perú y Colombia).

VÍAS PARA PEDIR LA INCONSTITUCIONALIDAD.

Las vías procesales mediante las cuales puede provocarse el control constitucional de tipo jurisdiccional son fundamentalmente las siguientes:

A) LA VÍA DIRECTA, *de acción o de demanda*, en la cual el proceso se promueve con el objeto de atacar la presunta inconstitucionalidad de una norma o un acto. (clase: ej.: fulanito c/ menganito s/ alimentos... donde el objeto de la causa no es la inconstitucionalidad, sino que se da al fundamentar el derecho que sustentan los hechos de la causa.)

B) LA VÍA INDIRECTA, *incidental o de excepción*, en la cual la cuestión de constitucionalidad se articula o introduce en forma incidental dentro de un proceso cuyo objeto principal no es la posible declaración de inconstitucionalidad, sino otro distinto.

C) LA ELEVACIÓN DEL CASO efectuada por el juez que está conociendo de un proceso, a un órgano especializado y único para que resuelva si la norma que debe aplicar es o no inconstitucional.

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Los efectos del control pueden agruparse en dos grandes rubros:

a) cuando la sentencia declarativa de inconstitucionalidad sólo implica no aplicar la norma en el caso resuelto, el efecto es limitado, restringido o "inter-partes" ("entre partes"), dejando subsistente la vigencia normológica de la norma fuera de ese caso;

b) cuando la sentencia invalida la norma declarada inconstitucional más allá del caso, el efecto es amplio, "erga omnes" ("contra todos") o "extra-partes". Este efecto puede revestir dos modalidades:

- que la norma inconstitucional quede automáticamente derogada; o,
- que la sentencia irroque la obligación de derogar la norma inconstitucional por parte del órgano que la dictó.

EL CONTROL EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL FEDERAL ARGENTINO

El sistema judicial argentino adopta el control judicial de constitucionalidad mediante todos los jueces que componen el poder judicial, es decir, de carácter difuso.

[Algunas provincias como Buenos Aires, Santa Fe o Córdoba tienen control concentrado, no todas ejercen el control de constitucionalidad de modo difuso. Esto quiere decir que existe un órgano específico encargado de ejercer el control de constitucionalidad. No recae esta función en todos los jueces].

En cuanto al órgano que lo ejerce, el sistema es jurisdiccional difuso, porque todos los jueces pueden llevarlo a cabo, sin perjuicio de llegar a la Corte Suprema como tribunal último por vía del recurso extraordinario legislado en el art. 14 de la ley 48

Art. 14. – *Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:*

1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.

Sólo el poder judicial tiene a su cargo el control; en un importante fallo, la Corte Suprema decidió, en el caso "Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c/Provincia de Salta", del 8 de noviembre de 1967, que cualesquiera sean las facultades del poder administrador para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no cabe admitir que sea de su resorte el declarar la inconstitucionalidad de éstas, porque el poder judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo. El principio constitucional conforme al cual la facultad de declarar la inconstitucionalidad de leyes y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia, resulta imperativo —según la Corte— tanto para el estado federal como para las provincias.

En cuanto a las VÍAS PROCESALES utilizables en el orden federal, no existe duda de que la vía indirecta, incidental o de excepción es hábil para provocar el control (dentro de un caso "contencioso"). Lo que queda por dilucidar es si se trata de la única

vía, o si juntamente con ella es posible emplear la vía directa o de acción en algunas de sus modalidades.

Si nos atenemos al vocabulario usado en la actual jurisprudencia de la Corte, empezamos recordando que ahora la Corte afirma que en el orden federal hay **ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD** (o vías directas). ¿Cuáles son? La Corte las ejemplifica:

a) la *acción de amparo* y de *habeas corpus* (que existían desde mucho antes de 1985, pero no eran expresamente definidas por la Corte como acciones de inconstitucionalidad);

b) la *acción declarativa de certeza* del art. 322 del código procesal civil y comercial (con esta acción la Corte consiente ahora que puedan plantearse en forma directa cuestiones de inconstitucionalidad en el ámbito del derecho público, con aptitud para ser resueltas por los jueces, y hasta la misma Corte la ha aceptado en jurisdicción originaria y exclusiva de ella); con la acción declarativa de certeza es viable obtener una sentencia declarativa de inconstitucionalidad de normas generales, la cual sentencia —por ser declarativa— no es una sentencia de condena, lo cual modifica ya en mucho la primitiva jurisprudencia anterior a 1985, porque desde ahí en adelante se interpreta que la acción declarativa de certeza impulsa la promoción de un “caso contencioso” entre las partes cuya relación jurídica debe adquirir la certeza que no tiene;

c) el *juicio sumario* de inconstitucionalidad;

d) el incidente de inconstitucionalidad que se forma de modo anexo a una denuncia penal para discutir en él una cuestión constitucional.

En conclusión: se tiene por cierto que hay acciones de inconstitucionalidad; pero no hay acciones declarativas de inconstitucionalidad pura.

EN CUANTO A LOS EFECTOS, estos siempre son interpartes.

SISTEMA PROVINCIAL

En el derecho constitucional provincial encontramos algunos caracteres diferenciales.

a) En cuanto al órgano, el sistema es siempre jurisdiccional difuso. Pero en las provincias donde existe, además de vía indirecta, la vía directa o de acción, ésta debe articularse ante el Superior Tribunal provincial, con lo cual tenemos también sistema jurisdiccional concentrado. Las provincias no pueden negar, no obstante, el uso de la vía indirecta. En consecuencia, podemos decir que para la vía indirecta el sistema es jurisdiccional difuso, y para la directa, jurisdiccional concentrado.

b) En cuanto a las vías, muchas provincias admiten la vía directa, de acción o de demanda. Así —por ej.— Buenos Aires, Santiago del Estero, Chaco, Misiones, Neuquén, etc. La constitución de Tucumán establece un Tribunal Constitucional.

c) En cuanto a los efectos, hallamos asimismo en algunas el efecto amplio o erga omnes, que produce la abrogación de la norma declarada inconstitucional. Las modalidades son variables, y van desde la derogación de la norma que el Superior Tribunal de la provincia declara inconstitucional, hasta el supuesto más moderado de vinculatoriedad de la jurisprudencia del Superior Tribunal, que se torna de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores de la provincia, pasando por sistemas en los que el efecto erga omnes de las sentencias del Superior Tribunal que declaran inconstitucional una norma general no se producen con la primera sentencia, sino con otras posteriores que la reiteran, más la particularidad de que en algunas provincias esa reiteración deroga automáticamente la norma invalidada, y en otras es optativo para el Superior Tribunal asignar ese efecto.

ACTIVISMO JUDICIAL

¿a pedido de parte o de oficio?

Requisito de la ley 48 (además de pasar por todas las instancias previas y algunos requisitos formales).

***Art. 4°** – La Corte Suprema conocerá por apelación de las sentencias definitivas y de todo auto que tenga fuerza de definitivo en todas las causas criminales iniciadas ante los Jueces de Sección y en las civiles que quedan expresadas, siempre que el valor disputado exceda de la cantidad de doscientos pesos fuertes; y la sentencia de segunda instancia sea que confirme o revoque causará ejecutoria.*

Para el juez, lo que antes era potestativo, ahora es obligatorio en su función específica en cuanto a declarar la inconstitucionalidad de las normas, haya o no petición de las partes atento a que el control de constitucionalidad es una cuestión de orden público que excede el mero interés de las partes.

El **deber** (imperativo) es un mandato legal que nos fuerza a actuar de determinado modo frente a situaciones específicas. Se muestra como un vínculo genérico-social, donde debe responderse al grupo social en cumplimiento de sus intereses, por cargos por él mismo otorgados. En cambio, por **facultades** ("podrán": facultativo) debe entenderse las "atribuciones que la ley confiere expresa o implícitamente, pero cuyo ejercicio depende del arbitrio de ellos, quienes, por lo tanto, pueden asumir o no la conducta correspondiente".