

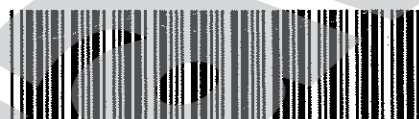
FOTOCOPIADORA C.E.D.	
CARPETA: 518	S/F
FOLIO: 17	D/F 73

DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ
(Coordinador)

PEDRO J. FRÍAS - ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE
GUILLERMO E. BARRERA BUTELER

LUIS CORDEIRO PINTO - ARTURO H. ITURREZ
ARMANDO MAYOR - RICARDO A. VERGARA



51800017



LexisNexis®

DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

ÍNDICE GENERAL

Introducción, por ANTONIO M. HERNÁNDEZ..... XXIX

CAPÍTULO I

EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

por ANTONIO M. HERNÁNDEZ

I. Denominación y concepto	i
1. ¿Derecho público provincial, derecho federal o derecho constitucional provincial?.....	2
II. Objeto.....	7
III. Método.....	9
IV. Autonomía científica y didáctica	11
V. Fuentes	12
1. La Constitución Nacional	13
2. Los tratados internacionales	15
3. Las leyes del Congreso dictadas en consecuencia de la Constitución	17
4. Las constituciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	18
5. Los tratados interprovinciales.....	19
6. Las leyes de dichas entidades federativas	20
7. La jurisprudencia	20
8. La fisonomía y antecedentes de cada una de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	21
9. La doctrina	21
10. El derecho comparado	21

CAPÍTULO II

LOS SISTEMAS POLÍTICOS FEDERALES

por ANTONIO M. HERNÁNDEZ

I. La teoría del federalismo y los federalismos	23
1. Origen y denominación. La Convención de Filadelfia de 1787 y <i>El federalista</i>	23
2. Federalismo como forma de Estado	26

Derecho público provincial / coordinado por Antonio María Hernández –
1a ed. - Buenos Aires :
Lexis Nexis Argentina, 2008.
696 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-592-318-8

1. Derecho Constitucional . I. Antonio María Hernández, coord.
CDD 342

ISBN: 978-987-592-318-8

© LEXISNEXIS ARGENTINA S.A.
Administración y redacción
Carlos Pellegrini 887, 3° piso
Tel.: (54-11) 5236-8800 - Fax.: (54-11) 5239-1881

Ventas
Talcahuano 494 - Tel.: (54-11) 5235-0030
Lavalle 1280 - Tel.: (54-11) 5235-5430
Talcahuano 650 - Tel.: (54-11) 5236-1044
Fax.: (54-11) 5239-1879
info@lexisnexis.com.ar
Buenos Aires – Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Derechos reservados.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.



VIII.	ÍNDICE GENERAL	
3.	Federalismo, república, Constitución y democracia	28
4.	Federalismo: unión y diversidad	30
5.	Soberanía y autonomía en los estados federales	31
a)	La soberanía reside en el Estado federal	32
b)	La soberanía reside en el poder constituyente	33
c)	La soberanía reside en los estados miembros	33
d)	La soberanía está dividida y compartida entre los diversos órdenes gubernamentales de la federación	33
6.	Los procesos de federalización	36
7.	Conceptos y características esenciales de los Estados federales	37
8.	Clasificaciones de los sistemas políticos federales	39
a)	Integrativos y devolutivos	39
b)	Simétricos y asimétricos	40
c)	Duales y de coordinación	40
d)	Centralizados o descentralizados	41
e)	Con gobiernos presidencialistas o parlamentarios	42
f)	Con propósitos de división del poder o relacionados con la identidad	42
9.	Listado de países federales	43
II.	Otras formas federativas	43
1.	La confederación	43
2.	Los Estados regionales	47
III.	Reflexiones sobre el futuro del federalismo	50

CAPÍTULO III

EL FEDERALISMO ARGENTINO

por ANTONIO M. HERNÁNDEZ

I.	Las causas originarias de la adopción del federalismo como forma de Estado	53
II.	El federalismo en el pensamiento de Alberdi	57
III.	El federalismo en la Constitución de 1853	66
IV.	El federalismo en la reforma de 1860	69
V.	El federalismo en la reforma constitucional de 1994	77
1.	Introducción	77
2.	Aspectos institucionales y políticos del federalismo	77
a)	Los cuatro órdenes de gobierno de la federación argentina	77
b)	La distribución de competencias	78
c)	El Senado y su rol federal	81
c.1.	La incorporación del tercer senador por cada provincia	82
c.2.	La elección directa y la reducción del mandato de los senadores	82
c.3.	La acentuación de su rol federal	83
d)	La intervención federal	84
e)	Los partidos políticos y el federalismo	85

	ÍNDICE GENERAL	IX
3.	Aspectos financieros del federalismo	85
a)	Coparticipación impositiva	85
a.1.	La distribución de competencias en materia impositiva en la Constitución	85
a.2.	La coparticipación impositiva en la reforma constitucional	86
b)	El organismo fiscal federal	91
c)	Pautas federales del presupuesto nacional	91
4.	Aspectos económicos y sociales del federalismo	93
a)	El banco federal	93
b)	Las regiones para el desarrollo económico y social	94
b.1.	Conceptos de región	94
b.2.	El desarrollo económico y social	96
b.3.	La creación de regiones	98
b.4.	Los órganos regionales	99
b.5.	El conocimiento del Congreso Nacional	100
c)	Las provincias y los convenios internacionales	100
d)	Las provincias y el dominio originario de los recursos naturales	103
e)	Organismos de seguridad social y otras facultades concurrentes	106
f)	Principios federales en educación, ciencia y cultura	107
VI.	La realidad de nuestro federalismo y el incumplimiento del proyecto de la Constitución Nacional	108

**EL PROCESO FEDERAL ARGENTINO, SU SITUACIÓN ACTUAL.
AUTONOMÍA Y DEPENDENCIA**

por PEDRO JOSÉ FRÍAS

I.	El federalismo en regresión	111
1.	Introducción	111
2.	Decrecimiento de los poderes provinciales	112
II.	Federalismo en recuperación	113
III.	Las relaciones federales y sus nuevos escenarios	113
1.	Normas y principios	113
2.	Los principios de subsidiariedad, solidaridad federal y concertación	114
3.	Más sobre los nuevos escenarios	115
a)	La reinvencción del federalismo	115
b)	Las provincias y el Senado	116
c)	Otras experiencias	116
d)	La igualdad de oportunidades	117
e)	La difícil divisoria	117
f)	Los inhibidores de la igualdad	118
g)	Sobrecarga crítica	118
h)	La autonomía de Buenos Aires	118

ÍNDICE GENERAL

i) La coparticipación impositiva.....	119
j) La municipalización de la vida pública argentina.....	120
IV. Tiempo nublado.....	121
V. Los desafíos.....	122

FEDERALISMO COMO SISTEMA

por PEDRO JOSÉ FRÍAS

I. El federalismo, ¿un sistema?.....	123
II. Federalismo, técnica de vida social.....	124
III. Oportunidades para el Ejecutivo.....	126
IV. Un federalismo de concertación.....	127
V. Instrumentos de la concertación federal.....	127
VI. Federalismo como sistema.....	129

CAPÍTULO IV

EL ESTADO PROVINCIAL

por LUIS CORDEIRO PINTO

I. Elementos constitutivos.....	133
1. Población.....	133
2. Territorio.....	135
3. Poder.....	136
II. Autonomía.....	137
III. El territorio provincial.....	139
1. Límites, cesión de territorio y formación de nuevas provincias.....	139
2. Cesión de territorio y formación de nuevas provincias.....	139
IV. Intervención federal.....	141
1. Crítica.....	142
2. Antecedentes del art. 6°.....	142
3. Forma republicana de gobierno. Principios.....	144
4. Los antecedentes y la forma republicana.....	144
5. Cuestiones políticas.....	145
V. Servicios provinciales.....	147
1. Disposiciones de las constituciones provinciales.....	147
2. Función pública. Actividades del ámbito privado.....	148
3. Concepto de servicio público.....	149
4. Caracteres.....	151
5. Régimen jurídico especial.....	152
6. Retribución de los servicios.....	152
7. Sistemas de prestación de los servicios.....	153

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO V

EL PODER CONSTITUYENTE DE LAS PROVINCIAS

por ANTONIO M. HERNÁNDEZ

I. Concepto.....	155
II. Clasificación.....	156
III. Límites.....	159
IV. El titular del poder constituyente.....	164
V. El poder constituyente y los poderes constituidos.....	165
VI. El poder constituyente provincial en ejercicio.....	166
1. Antes de 1853.....	166
2. Después de 1853.....	168
VII. Sistemas de reforma constitucional en las provincias.....	170
VIII. Reformas por Convenciones Constituyentes.....	170
IX. El sistema de enmiendas.....	174
X. La inconstitucionalidad de una reforma constitucional.....	174

CAPÍTULO VI

LA PROVINCIA EN LA NACIÓN

por ARTURO HORACIO ITURREZ

I. Poderes de las provincias; conservados, concurrentes y prohibidos.....	185
1. Poderes conservados.....	186
2. Poderes concurrentes.....	188
3. Poderes prohibidos.....	188
4. Deslinde de competencias.....	189
II. El poder de policía.....	190
III. Relaciones interprovinciales.....	192
1. Actos públicos y procedimientos judiciales.....	192
2. Extradición.....	193
3. Tratados.....	193
4. Conflictos.....	194
5. Cuestiones de límites.....	194

CAPÍTULO VII

**DOMINIO Y JURISDICCIÓN DEL GOBIERNO FEDERAL,
DE LAS PROVINCIAS Y DE LOS MUNICIPIOS**

por GUILLERMO E. BARRERA BUTELER

I. Dominio y jurisdicción.....	197
1. El dominio del Estado.....	197
2. La jurisdicción.....	198

3

3. El dominio y la jurisdicción en los Estados federales	199
4. "Vaciamiento" del dominio provincial.....	201
5. El nuevo marco normativo constitucional después de la reforma de 1994..	202
II. Jurisdicción federal sobre bienes de dominio provincial	204
1. Los ríos	204
2. El mar adyacente.....	207
a) Dominio sobre el mar adyacente.....	208
b) Clasificación legal de los espacios marítimos según la legislación vigente	210
c) Jurisdicción nacional y provincial sobre el mar.....	210
3. Yacimientos de hidrocarburos	212
III. Jurisdicción provincial y municipal sobre bienes de dominio federal	214
1. Establecimientos de utilidad nacional	214
2. Los establecimientos de utilidad nacional en la reforma constitucional de 1994	217

CAPÍTULO VIII

LAS PROVINCIAS EN LAS RELACIONES INTERJURISDICCIONALES

por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE

I. Introducción	221
II. Los tratados interprovinciales.....	222
III. La región	225
IV. Las provincias y las relaciones internacionales.....	231
V. El rol de las provincias en las relaciones internacionales luego de la enmienda constitucional 1994	234
VI. Conclusión	241

CAPÍTULO IX

PREÁMBULOS Y DECLARACIONES GENERALES EN EL CONSTITUCIONALISMO PROVINCIAL

por PEDRO JOSÉ FRÍAS

I. Estructura	243
II. Glosa de algunos valores	244
III. El preámbulo que subyace	245
IV. Principios y declaraciones.....	246
1. Textos constitucionales.....	246
2. Forma de Estado y de gobierno	246
3. Autonomía provincial	247
a) La división de trabajo.....	248
b) La intervención federal	248
c) Los establecimientos de utilidad nacional en provincia	249
d) La gestión internacional de intereses propios.....	250

e) La gestión interjurisdiccional: relaciones gubernamentales, tratados y regiones.....	251
f) La política concertada de ingresos	252
g) La participación de la provincia en la administración federal o interjurisdiccional	253
4. Vigencia del orden constitucional y defensa de la democracia.....	254
5. Cultos	254
a) La transición.....	254
b) La vexata quaestio.....	255
c) Libertad e igualdad de cultos	255
d) Libertad de conciencia	256
6. Límites	257
7. Indelegabilidad de funciones, responsabilidad y publicidad de los actos....	257
8. Prelación de normas e inconstitucionalidad de oficio.....	257

LA REGLA FEDERAL EN LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL

por PEDRO JOSÉ FRÍAS

I. Advertencia	258
II. El federalismo posible en la Argentina finisecular.....	258
1. Autonomía y participación	258
2. Intervención federal	259
3. Asignación de servicios	259
4. Federalismo de concertación.....	259
5. Administración interjurisdiccional	259
6. Participación provincial en la administración central	260
7. Establecimientos de utilidad nacional en provincia	260
8. Costo operativo de la autonomía provincial.....	260
9. Asignación de recursos	260
10. Recursos naturales	261
11. Regionalización	261
12. Regiones	261
13. Equilibrio regional e igualdad de oportunidades.....	262
14. Capital Federal.....	262
15. Federalismo como sistema.....	262
III. La afirmación federativa en la constitución provincial	262
1. La constitución provincial en un sistema federal cooperativo	262
2. Reserva de poderes y derechos.....	263
3. Una regla federal en la constitución de la provincia	263
a) La división de trabajo.....	264
b) La intervención federal	264
c) Los establecimientos de utilidad nacional en provincia	265
d) La gestión internacional de intereses propios.....	266

e) La gestión interjurisdiccional: relaciones gubernamentales, tratados y regiones.....	267
f) La política concertada de ingresos	268
g) La participación de la provincia en la administración federal o interjurisdiccional	269
IV. La regla federal en la constitución provincial. Enunciado	270

CAPÍTULO X

LOS DERECHOS Y DEBERES EN NUESTRO CONSTITUCIONALISMO SUBNACIONAL

por ANTONIO M. HERNÁNDEZ

I. Los derechos	273
1. Las fuentes nacionales e internacionales de los derechos humanos	273
2. El sistema jurídico federal y regional americano de protección de los derechos humanos.....	275
3. La armonía de los derechos de las constituciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con la Constitución Nacional	278
4. Consideración sintética de las generaciones de derechos reconocidos.....	279
5. Lo específico del constitucionalismo subnacional en las siguientes materias	282
a) Libertad civil	282
b) Igualdad.....	283
c) Derechos y libertades en relación inmediata con las personas	284
c.1. De creencias y culto	284
c.2. De expresión oral y escrita.....	285
c.3. De reunión	286
c.4. De petición y asociación	287
c.5. De enseñar y aprender.....	288
c.6. Derechos respecto del trabajo	289
c.7. Derecho de propiedad, sus caracteres y expropiación.....	291
c.8. Libertad de residencia y circulación	293
c.9. Derechos de los extranjeros	293
II. Los deberes	294
III. La real vigencia de los derechos y deberes.....	295

CAPÍTULO XI

DERECHOS POLÍTICOS

por GUILLERMO E. BARRERA BUTELER

I. Introducción	299
II. La autonomía institucional de las provincias y los derechos políticos.....	299
III. Diversidad de regímenes y organismos electorales en el Estado federal	301
IV. El principio de soberanía del pueblo	304

V. El derecho a la participación política.....	305
VI. El sufragio	306
1. Voto universal.....	307
2. Voto igual	308
3. Voto secreto	309
4. Voto obligatorio.....	309
VII. El derecho a ser elegido	310
VIII. Sistemas electorales	312
1. Sistemas para la elección de órganos ejecutivos	312
2. Sistemas para la elección de órganos legislativos y cuerpos colegiados	314
IX. Partidos políticos.....	318
1. Selección de candidatos a cargos públicos electivos.....	319
2. Monopolio de candidaturas y titularidad de las bancas.....	320
3. Partidos nacionales, de distrito, provinciales y municipales	322
X. Institutos de democracia semidirecta.....	324
1. Iniciativa popular	325
2. Consulta popular	326
3. Referéndum popular	327
4. Revocatoria popular de mandatos	327

CAPÍTULO XII

GARANTÍAS

por ARTURO HORACIO ITURREZ

.....	329
GARANTÍAS INSTITUCIONALES. HÁBEAS CORPUS. AMPARO. HÁBEAS DATA. AMPARO POR MORA	
por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE	
I. El hábeas corpus	335
II. La acción de amparo	339
III. Amparo protector de los derechos de incidencia colectiva	348
IV. Hábeas data	350
V. Amparo por mora de la Administración	353

CAPÍTULO XIII

EL PODER LEGISLATIVO PROVINCIAL

por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE

I. Introducción	359
1. Las funciones de los parlamentos en los sistemas democráticos	361
2. Sistema unicameral o bicameral	364

4

3. Breve reseña de la organización de la Legislatura cordobesa, según su Constitución	366
II. La Cámara de Diputados.....	369
1. Forma de elección, base de su organización	369
2. Integración de la Legislatura de la provincia de Córdoba.....	370
3. Suplentes. Incorporación	370
4. Suplencia temporaria	371
5. Requisitos de elegibilidad.....	371
6. Duración de los mandatos.....	373
7. Presidencia de la Legislatura	373
8. Inhabilidades.....	373
9. Incompatibilidades.....	374
10. Prohibiciones	375
11. Inmunidad de opinión.....	375
12. Prerrogativas de los candidatos	376
13. Remuneraciones.....	376
14. Juez de las elecciones (art. 92)	377
15. Juramento.....	378
16. El Senado en las provincias bicamerales. Bases de su organización	378
17. Requisitos de elegibilidad de los senadores en los sistemas bicamerales..	378
18. Derechos parlamentarios	379
19. Quórum	379
20. Publicidad	379
21. Sesiones ordinarias	380
22. Apertura y cierre de las sesiones	381
23. Facultades disciplinarias (art. 99).....	381
24. Sanciones	382
25. Presencia de los ministros.....	382
26. Informes.....	382
27. Comisiones de investigación	383
28. Atribuciones del Poder Legislativo	384
29. Formación y sanción de las leyes.....	389
30. Juicio político.....	393

CAPÍTULO XIV

EL PODER EJECUTIVO PROVINCIAL

por LUIS CORDEIRO PINTO

I. Introducción	399
II. Poder Ejecutivo	399
1. Naturaleza y duración.....	399
2. Atribuciones.....	406
3. Ministros	414

4. Competencia	415
5. Órganos de control.....	416
a) Fiscal de Estado.....	416
b) Contaduría General de la provincia	417
6. Administración Pública	417
III. Delegación	417
IV. Responsabilidad de los funcionarios	418
V. Publicidad de los actos.....	418
VI. Derecho de petionar	419
VII. Economía y finanzas	419
VIII. Servicios públicos	419
IX. Administración Pública propiamente dicha.....	420
X. Tribunal de Cuentas	422
1. Atribuciones.....	424

CAPÍTULO XV

EL PODER JUDICIAL PROVINCIAL

por RICARDO ALBERTO VERGARA

I. Introducción	425
II. Poder Judicial y derecho público provincial.....	426
III. La función jurisdiccional y la división de poderes	427
IV. La independencia del Poder Judicial	427
1. La independencia orgánica	428
2. La independencia funcional.....	430
a) La imparcialidad.....	430
b) La inamovilidad	431
c) La irreductibilidad o intangibilidad de las remuneraciones.....	433
d) Inmunidades.....	434
V. Designación de magistrados y funcionarios	435
1. Designación de miembros de cortes o superiores tribunales, fiscales o procuradores generales.....	436
2. Designación de magistrados inferiores y miembros del Ministerio Público	437
3. Los consejos de la magistratura. Integración y funciones.....	438
VI. Tribunales superiores o cortes de justicia.....	440
1. Composición.....	440
2. Competencia y atribuciones.....	441
a) Competencias	442
b) Atribuciones.....	446
VII. Justicia de paz	449
1. Competencias.....	449
2. Sistemas de designación	450
3. Sistemas de remoción	450

VIII. Ministerio Público.....	451
1. Introducción.....	451
2. El Ministerio Público en el derecho público provincial.....	451
3. Integración.....	452
4. Duración del mandato.....	452
5. Funciones.....	453
IX. Conclusión.....	455

JURADO DE ENJUICIAMIENTO

por RICARDO ALBERTO VERGARA

I. Introducción.....	456
II. La responsabilidad de los funcionarios y magistrados del Poder Judicial.....	457
1. Responsabilidad civil.....	457
2. Responsabilidad penal.....	458
3. Responsabilidad administrativa.....	458
4. Responsabilidad política.....	459
a) Fundamentos.....	459
b) Instrumentos para su determinación.....	460
III. Jurado de Enjuiciamiento.....	463
1. Funcionarios que comprende.....	464
2. Causales.....	464
a) Comisión de delitos comunes.....	464
b) Mal desempeño.....	465
c) Falta o negligencia grave.....	465
d) Desconocimiento inexcusable del derecho.....	466
e) Inhabilidad física o psíquica.....	466
f) Morosidad.....	466
3. Integración y procedimiento.....	467
IV. Conclusiones.....	470

CAPÍTULO XVI

ÓRGANOS DE CONTROL Y AUXILIARES

por ARMANDO MAYOR

PRIMERA PARTE

El control y la participación

I. Los órganos de control y auxiliares.....	471
1. Presentación.....	471
2. Fundamentos axiológicos y constitucionales.....	471

II. Los órganos de control: origen, evolución y perspectivas.....	472
1. La tríada clásica.....	472
2. Los órganos de control externos e internos.....	472
3. Los controles horizontales y verticales.....	473
III. Los órganos auxiliares.....	474

SEGUNDA PARTE

Control de la hacienda pública

I. Sistemas en el derecho comparado y en el derecho público provincial.....	474
II. Tribunales de cuentas.....	476
1. Principios generales.....	476
a) Caracterización.....	476
b) Naturaleza jurídica.....	476
c) Autonomía, independencia e imparcialidad.....	477
2. Recepción en el derecho público provincial.....	477
a) Recepción normativa.....	477
a.1. Necesidad de su creación.....	477
a.2. Recepción en las provincias.....	478
a.3. Cambio del sistema de control.....	479
b) Ubicación institucional.....	479
c) Integración, composición, designación y duración en funciones.....	480
c.1. Integración.....	480
c.2. Composición.....	480
c.3. Requisitos.....	481
c.4. Designación.....	481
c.5. Duración en el cargo.....	483
c.6. Remoción.....	483
d) Funcionamiento y organización interna.....	487
e) Funciones y atribuciones.....	488
e.1. Funciones.....	488
e.2. Atribuciones.....	489
3. Los tribunales de cuentas y el control. Análisis de sus principales funciones y atribuciones.....	490
a) Justificación metodológica.....	490
b) El control de los tribunales de cuentas.....	491
b.1. Tipos de control.....	491
b.2. El alcance del control de los tribunales de cuentas.....	492
c) El control de gestión.....	493
c.1. Caracterización.....	493
c.2. Límites.....	494
d) Función de revisión de la cuenta general de ejercicio.....	495
d.1. Caracterización.....	495

5

d.2. Evolución	496
d.3. Aspectos de la revisión	497
d.4. Dictamen ante la Legislatura	498
d.5. Importancia de la revisión.....	498
e) Función de control previo (análisis, visación y observación)	499
e.1. Recepción normativa (posturas favorables y contrarias).....	499
e.2. La visación y la observación	500
e.3. El procedimiento del control previo.....	500
f) Función de auditoría externa	502
f.1. Concepto de auditoría.....	502
f.2. Clases de auditorías	502
f.3. Caracterización de las auditorías realizadas por tribunales de cuentas	503
f.4. Pautas para su realización	504
g) Función jurisdiccional (juicios de cuentas y de responsabilidad)	505
g.1. Juicio de cuentas	505
g.2. Juicio de responsabilidad	506
III. Contadurías generales	508
1. Principios generales	508
a) Caracterización	508
b) Recepción normativa	508
c) Denominación	508
d) Ubicación institucional	509
2. Composición, integración, designación, duración y remoción	509
a) Designación	509
a.1. Procedimiento.....	509
a.2. Requisitos	510
b) Duración y remoción	511
b.1. Duración.....	511
b.2. Estabilidad e inamovilidad en el cargo y remoción.....	511
c) Funciones	512
c.1. De registro y control interno	512
c.2. De intervención previa	513
IV. Tesorerías generales	514
1. Principios generales	514
a) Caracterización.....	514
b) Recepción normativa	514
c) Ubicación institucional	514
d) Denominación	514
2. Composición, integración, designación, duración y remoción	515
a) Designación.....	515
a.1. Procedimiento.....	515
a.2. Requisitos	515

b) Duración y remoción	516
b.1. Duración.....	516
b.2. Remoción	516
c) Funciones	516
c.1. De intervención previa	516
c.2. Otras funciones.....	517
V. Auditorías y sindicaturas generales	519
1. El sistema de auditoría y sindicatura	519
a) Diversos sistemas de control de la hacienda. Remisión	519
b) Antecedentes	519
b.1. Del derecho comparado	519
b.2. Del derecho nacional.....	519
2. La Auditoría General en el derecho público provincial	521
a) Marco conceptual	521
b) Ubicación constitucional y perfil institucional	521
c) Composición, integración, designación y duración en funciones	523
c.1. Composición e integración.....	523
c.2. Designación	523
c.3. Duración en el cargo, reelección y remoción. Inmunidades, inhabili-	
dades e incompatibilidades	524
d) Funcionamiento	525
d.1. Ámbito de competencia y órbita de actuación.....	525
e) Funciones	527
e.1. De control, fiscalización y auditoría	527
e.2. Consultivas e informativas.....	528
f) Facultades y atribuciones	528
f.1. De acceso y publicidad de la información.....	528
f.2. Jurisdiccionales	528
3. La Sindicatura General en el derecho público provincial	529
a) Principios generales	529
a.1. Caracterización constitucional y ubicación institucional.....	529
a.2. Organización del sistema de control interno.....	530
b) Composición, integración, designación y remoción	531
b.1. Designación y remoción	531
b.2. Requisitos	532
c) Funciones	532
c.1. De control e información	532
c.2. Consultivas	533
c.3. Normativas	533
c.4. Otras	533
d) Facultades	533

Control de la legalidad administrativa

I. Fiscalía de Estado.....	535
1. Principios generales.....	535
a) Caracterización.....	535
b) Antecedentes y evolución histórica.....	535
c) El problema del perfil institucional.....	536
2. Recepción en el derecho público provincial.....	537
a) Recepción normativa.....	537
b) Ubicación institucional.....	537
b.1. Inserción en un poder del Estado.....	537
b.2. Órgano autónomo extrapoder.....	538
c) Composición, integración, designación y duración en funciones.....	539
c.1. Condiciones para el ejercicio del cargo.....	539
c.2. Designación.....	539
c.3. Duración en el cargo e inamovilidad.....	540
c.4. Remoción.....	541
d) Funciones y atribuciones.....	546
d.1. Defensa y representación de los intereses del Estado o el Fisco.....	547
d.2. Control de la legalidad administrativa.....	548
d.3. Asesoramiento legal del Poder Ejecutivo.....	549
d.4. Investigación sobre funcionarios y empleados de la Administración Pública.....	550
d.5. Integración de órganos colegiados.....	550
e) Autonomía funcional.....	550
3. Conclusiones.....	551
II. Fiscalía de investigaciones administrativas.....	551
1. Principios generales.....	551
a) Caracterización.....	551
b) Antecedentes.....	552
2. Recepción en el derecho público provincial.....	552
a) Recepción normativa.....	552
a.1. Recepción.....	552
a.2. Caracterización normativa.....	552
a.3. Denominación.....	553
b) Ubicación institucional.....	553
c) Composición, integración, elección y duración en funciones.....	553
c.1. Requisitos.....	553
c.2. Designación.....	553
c.3. Duración en el cargo y remoción.....	554
d) Funciones.....	554
d.1. De investigación.....	554

d.2. Procesales.....	555
d.3. Normativas.....	557

CUARTA PARTE

Defensor del Pueblo

I. Principios generales.....	557
1. Caracterización.....	557
2. Antecedentes y evolución histórica.....	558
a) En el derecho comparado.....	558
b) A nivel nacional.....	560
c) Recepción de la figura a nivel subnacional en el derecho comparado.....	560
3. Autonomía o dependencia funcional.....	561
II. Recepción en el derecho público provincial.....	561
1. Recepción normativa.....	561
a) A nivel provincial.....	561
b) A nivel subprovincial.....	562
2. Caracterización y ubicación institucional.....	562
a) Caracterización institucional.....	562
b) Ubicación institucional.....	562
3. Designación, requisitos, duración en el cargo, remoción.....	563
a) Designación.....	563
b) Requisitos de elegibilidad.....	564
c) Inhabilidades e incompatibilidades.....	565
d) Duración en el cargo.....	565
e) Reelección.....	565
f) Remoción.....	566
4. Inmunidades y privilegios.....	566
5. Funciones.....	568
a) Función de control, investigación y supervisión.....	569
b) Función de defensa de los derechos e intereses.....	569
c) Función promocional de cambios.....	570
6. Facultades.....	570
a) Facultades preventivas.....	570
b) Facultades reparadoras.....	571
c) La legitimación para actuar en juicio.....	572
7. Formas y procedimientos de actuación.....	573
a) Principios de procedimiento.....	573
b) Inicio de actuaciones.....	574
c) Quejas, denuncias y reclamos.....	574
d) Deberes de información y comunicación.....	574
e) Medidas y acciones.....	575
f) Informes.....	575



I. Consejos económicos y sociales	576
1. Principios generales	576
a) Caracterización	576
b) Misiones	576
c) Fundamentos	578
c.1. Finalidades políticas	578
c.2. Finalidades económicas-sociales	579
d) Antecedentes	579
e) Modelos	580
2. Recepción en el derecho público provincial	581
a) Recepción normativa	581
b) Ubicación institucional	582
c) Composición e integración	582
d) Atribuciones	584
d.1. Consultivas, de opinión o asesoramiento	584
d.2. Legislativas	585
d.3. Planificadoras	585
e) Facultades	586
II. Consejos de partidos políticos	589
1. Principios generales	589
a) Presupuestos teóricos y caracterización	589
b) Naturaleza y caracterización institucional	590
2. Recepción en el derecho público provincial	590
a) Recepción normativa	590
b) Integración	591
c) Funciones	592
d) Facultades	592
e) Pautas de funcionamiento	593
e.1. Vinculación con los Poderes Ejecutivo y Legislativo	593
e.2. Coordinación	593
e.3. Reuniones	593
e.4. Dictámenes y decisiones	593

I. General	594
II. Sobre control de la hacienda pública	594
III. Sobre Fiscalía de Estado y Fiscalía de Investigaciones Administrativas	595
IV. Sobre defensor del pueblo	595

V. Sobre consejos económicos sociales	595
VI. Sobre consejo de partidos políticos	595

I. Buenos Aires y el país. Síntesis histórica	597
II. El régimen municipal de Buenos Aires antes de la reforma constitucional de 1994	604
1. Leyes orgánicas	604
2. Proyectos legislativos de reforma	606
III. La reforma constitucional de 1994 y la ciudad de Buenos Aires. Los antecedentes de las normas	607
IV. El nuevo régimen constitucional de la ciudad de Buenos Aires	614
1. La ciudad-Estado	614
a) El debate doctrinario	614
b) Nuestra opinión	615
c) Diferencia con las provincias y municipios	615
2. Régimen de gobierno autónomo	621
3. El Estatuto Organizativo	622
4. La ley 24.588 de garantías	626
La restricción de la autonomía producida por las leyes 24.588 y 24.620 y la necesidad de modificación de la primera de ellas	630
5. La ley 24.620	634
6. El jefe de gobierno	636
7. Facultades propias de legislación	637
8. Facultades propias de jurisdicción	638
9. Administración	640
10. La representación de la ciudad en el Congreso de la Nación	640
11. La coparticipación impositiva	641
12. La integración regional	642
13. Los convenios internacionales	643
14. Dominio originario de los recursos naturales	645
15. Organismos de seguridad social y otras facultades concurrentes	646
16. Intervención federal	647

I. El desequilibrio argentino	649
II. Esa concentración no es inocente	649
III. Una lectura social	650

XXVI	ÍNDICE GENERAL	
IV.	Presupuestos de equidad	651
V.	La igualdad fiscal	651
VI.	Conjugar equitativamente las prioridades	652
VII.	Conclusiones	652
	Currículum vitae de los autores	655

En homenaje a Juan Bautista Alberdi, primer autor de la disciplina, y a los Profesores de la Cátedra de Derecho Público Provincial de Córdoba Arturo M. Bas, Luis Eduardo Molina y Carlos R. Melo, en el centésimo aniversario de su creación (1907), dedicamos este libro a los estudiosos y estudiantes de todo el país como compromiso con los principios de la república federal.

LOS AUTORES



Pero como otra de las paradojas del país, así como se reiteraba en la normativa constitucional una fuerte convicción federal, en la realidad política e institucional se ha acentuado en los últimos tiempos el proceso de desfederalización y de sucursalización de las provincias, a través del incumplimiento de las Leyes Supremas y del hiperpresidencialismo imperante.

Por eso, nos parece pertinente volver a ratificar nuestras creencias acerca de la necesidad de hacer realidad el proyecto federal y republicano de nuestro orden constitucional, mediante esta nueva obra que intenta renovar la doctrina sobre la materia y acompañar el proceso de modificación de los planes de estudio de las facultades de derecho del país, para incorporar esta asignatura sobre el constitucionalismo provincial y el federalismo, con visión comparada.

Agradecemos muy sentidamente la participación del Dr. Frías en este libro, a quien le expresamos nuestro profundo reconocimiento por su magisterio y lucha por el federalismo. Cada uno de los autores es responsable intelectual de sus respectivos textos, ya que una de las características de la Cátedra ha sido el respeto por la libertad de pensamiento, que es la base de la ciencia y de la docencia, además de un común compromiso por la defensa de los valores de la República Federal.

CAPÍTULO I

EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

por ANTONIO M. HERNÁNDEZ *

I. DENOMINACIÓN Y CONCEPTO

Juan Bautista Alberdi, padre de nuestro derecho público, fue quien primero se ocupó de esta rama jurídica, en su obra titulada *Elementos de derecho público provincial*, a la que atribuyó el estudio del sistema constitucional de las provincias. También agregó al respecto: “Conocer y fijar de un modo práctico lo que es del dominio del derecho provincial, y lo que corresponde al derecho de la Confederación toda, establecer con claridad material la línea de división que separa lo provincial de lo nacional, es dar el paso más grande hacia la organización del gobierno común y del gobierno de cada provincia”¹.

El gran jurista tucumano dividió su libro en tres partes: primera, sobre “Fuentes del derecho público provincial”, destinada a explicitar “los principios fundamentales del derecho público de provincia”; la segunda, “Vicios del sistema provincial existente”, con “un examen crítico de las instituciones existentes, hecho a la luz de aquellos principios”; y tercera, “Ensayo de un proyecto de Constitución para Mendoza”, que pensó “adaptable a las otras provincias con las alteraciones exigidas por la especialidad de cada una”².

Podemos concluir en que Alberdi atribuyó a esta disciplina el nombre de derecho público provincial —aunque también se refirió a ella como derecho constitucional de las provincias— y que incluyó en su objeto de estudio tanto

¹ ALBERDI, Juan B., *Obras completas de Juan Bautista Alberdi*, t. V, La Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1886, ps. 6/7.

² ALBERDI, Juan B., *Obras completas...*, cit., p. 8. Para un análisis más detallado véase HARO, Ricardo, *El pensamiento de Juan Bautista Alberdi y el derecho público provincial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acader.unc.edu.ar, secc. Doctrina.

* Abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor titular plenario de Derecho Público Provincial y Municipal y profesor titular de Derecho Constitucional (Universidad Nacional de Córdoba). Académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y director del Instituto de Federalismo. Académico correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional.

a las constituciones provinciales como al deslinde de competencias entre el gobierno federal y los gobiernos de provincias.

Desde aquel momento inicial se pueden observar los problemas de esta disciplina vinculados a su propia denominación, concepto y objeto.

1. ¿Derecho público provincial, derecho federal o derecho constitucional provincial?

Fue hace cien años cuando se creó en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de nuestra Universidad Nacional de Córdoba la primera cátedra de Derecho Público Provincial del país, con la designación como profesor del Dr. Arturo M. Bas, que además de fundador de ella fue un destacado jurista, académico de derecho y hombre público, que representara a Córdoba en la Cámara de Diputados de la Nación en dos períodos: 1912-1916 y 1920-1924.

En sus "Dos palabras", a manera de Prólogo de su libro *El derecho federal argentino*, editado en 1927, dijo Bas: "Designado en 1907 profesor de Derecho Público Provincial, en la Universidad de Córdoba, debí formar la materia de la enseñanza, sin más antecedentes nacionales que las pocas páginas que Alberdi había dedicado a la misma, y que corren el tomo V de sus obras completas. Las conferencias que dicté, desarrollando en el aula los diferentes puntos del programa, fueron recopiladas en la edición de las mismas que salió a luz en 1909. De entonces aquí, nuevos e interesantes temas vinculados al deslinde de poderes entre la Nación y las provincias han reclamado mi examen". "A recoger toda esa enseñanza, que permite presentar ya con claridad la fisonomía del derecho federal argentino realizado por sus órganos constitucionales, Nación y provincias, tiende la publicación de esta obra"³.

En el cap. I analizó el federalismo y el II se tituló "Derecho público provincial", al que definió como "la rama de las ciencias jurídicas, que trata de la organización del gobierno autonómico de las provincias, dentro del Estado federal, determinando a la vez, los objetos, formas y condiciones en el ejercicio de la autoridad local". Seguidamente recordó a Alberdi, que sostenía que era "la porción más interesante del sistema constitucional de toda la República"⁴.

Aunque el autor tituló a esta obra *Derecho federal*, la mayoría de sus contenidos correspondieron a su anterior libro *Derecho público provincial*, que tal como lo dice en el Prólogo de aquél, fue publicado en 1909 y consistió en las diecisiete conferencias dictadas en la cátedra recientemente creada.

Se advierte que Bas mantuvo la impronta histórica de Alberdi sobre la designación de la materia y sus contenidos, o sea la organización autonómica de las provincias por una parte y el derecho federal por la otra, destinado a estudiar

³ BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino. Nación y provincia*, t. I, Abeledo, Buenos Aires, 1927, p. V. Sus clases de la materia fueron recopiladas en el libro *Derecho público provincial*, Imprenta de F. Domenici y Cía., Córdoba, 1909.

⁴ BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino...*, cit., t. I, p. 49.

el deslinde de competencias entre los órdenes de gobierno dentro de la federación, aunque podemos inferir por el título de su segunda obra de 1927, que otorgó mayor dedicación a este último aspecto.

El segundo cultor de la disciplina fue el destacado constitucionalista Juan A. González Calderón, que se hizo cargo de la cátedra de Derecho Público Provincial en 1912 en la Universidad de La Plata. El autor publicó en 1913 un libro titulado *Introducción al derecho público provincial*, que también consistió en sus clases dictadas, donde además de ratificar el enfoque de Alberdi propuso que la materia también comprendiese el análisis comparado de otras constituciones de estados federales⁵.

Debemos mencionar seguidamente a Juan P. Ramos, autor del libro *El derecho público de las provincias argentinas*, publicado en Buenos Aires en 1914, y a otro profesor de La Plata, Adolfo Korn Villafañe, que fuera titular de Derecho Público y que también escribió sobre el derecho público provincial, al que asignó un contenido similar al que comentamos: estudio de las instituciones provinciales y de la delimitación de las competencias con el gobierno federal⁶.

Posteriormente, y desde la Universidad de Buenos Aires, que no tuvo una cátedra de Derecho Público Provincial hasta hace pocos años, se destacó por sus aportes el Dr. Clodomiro Zavalía, destacado jurista que fue profesor titular de Derecho Federal y Municipal, además de decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

En el cap. I de su obra *Derecho federal* precisa que el objeto de la disciplina es el estudio de la delimitación de las facultades que corresponden dentro del sistema federal al gobierno central y a los gobiernos provinciales. El cap. II se titula "Organización institucional de las provincias", y el III, "Derecho público provincial", donde hace referencia a las instituciones y constituciones provinciales⁷.

Este autor distinguió con mayor precisión al derecho público provincial del derecho federal, al que definió como "la rama del derecho público que tiene por objeto el estudio de las instituciones particulares de cada provin-

⁵ Véase GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Introducción al derecho público provincial*, Lajouane, Buenos Aires, 1913.

⁶ Véase KORN VILLAFÑE, Adolfo, *Derecho público político*, t. I, "Derecho municipal y provincial", Librería Santa Catalina, Buenos Aires, 1936, cap. X, "Teoría de la autonomía provincial", que comienza con el punto "Definición del derecho público provincial".

⁷ Conf. ZAVALÍA, Clodomiro, *Derecho federal*, t. I, 3ª ed., Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941. Al referirse al estudio del constitucionalismo provincial, menciona que es escasa la bibliografía y menciona a los distintos autores: Luis V. Varela y Adolfo Saldías sobre Buenos Aires, Garzón sobre Córdoba, Jaime Freire y Terán sobre Tucumán, Ruiz Moreno sobre Entre Ríos, Hernán F. Gómez sobre Corrientes, Busaniche y Álvarez Comas sobre Santa Fe, Larraín sobre Cuyo, Gez sobre San Luis, Funes sobre Mendoza y Larraín sobre San Juan. Finalmente, hace expresa referencia a la obra cumplida al respecto por Juan P. Ramos.

cia antes de 1853, y de la forma como desenvuelven su existencia dentro de nuestro organismo constitucional frente al poder central”⁸.

Luego, Segundo V. Linares Quintana, uno de nuestros más importantes constitucionalistas, que fuera profesor en la Universidad de La Plata y luego en la de Buenos Aires, definió al derecho público provincial como “la rama del derecho público que estudia las instituciones políticas de las provincias dentro del Estado federal”, aunque seguidamente cita la opinión de Alberdi antes referenciada sobre la importancia de la delimitación de competencias entre Nación y provincias⁹.

También señalamos la continuidad de dicho enfoque en las obras colectivas realizadas bajo la dirección de Pedro José Frías, en nuestra cátedra de Córdoba, y de Dardo Pérez Guilhou, en Mendoza, ambas tituladas *Derecho público provincial*¹⁰.

Arturo Horacio Iturrez, que fuera profesor adjunto de la materia en nuestra Universidad, ha sostenido que la denominación de “derecho público provincial” se mantiene por tradición histórica en recuerdo de Alberdi, pero que podría corresponder más acertadamente la de “derecho constitucional comparado de las Provincias Unidas”. Y respecto de su contenido estima que “toma como punto de partida ese deslinde de competencias (entre Nación y provincias) y lo remarca, pero llega más allá porque estudia con más detenimiento los poderes de las provincias (los conservados y los concurrentes)”. Indica que además del estudio de las instituciones provinciales, corresponde el de las relaciones interprovinciales y con el gobierno federal. Finalmente, define al derecho público provincial como “la parte del derecho público general que se ocupa de la organización autonómica de la provincia dentro del Estado federal, el deslinde de competencias y de las relaciones de poder entre ambas esferas de gobierno”¹¹.

⁸ ZAVALÍA, Clodomiro. *Lecciones de derecho público provincial*, 2ª ed., Buenos Aires, 1937, nro. 2, p. 6. Sobre esa base, publicó dos ediciones de su obra *Derecho público provincial*.

⁹ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Gobierno y Administración de la República Argentina*, t. 2, TEA, Buenos Aires, 1946, ps. 1 y 2.

¹⁰ FRÍAS, Pedro J. (dir.) - BERARDO, Rodolfo - CORDEIRO PINTO - HERNÁNDEZ, Antonio M. - ITURREZ, Arturo H. - VERGARA, Ricardo A. - ZARZA MENSAQUE, Alberto R., *Derecho público-provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985, y PÉREZ GUILHOU, Dardo (dir.), *Derecho público provincial*, 3 ts., 1ª ed., Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Mendoza, 1990/1994 (con la distribución de Depalma, Buenos Aires); 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004, con la coordinación de María Gabriela Ábalos, bajo el título *Derecho público provincial y municipal*. Por su parte, Ricardo Miguel Zucherino, profesor titular de la materia en la Universidad Nacional de La Plata, publicó en dos ediciones la obra *Derecho público provincial y municipal*, 2 ts., La Plata, 1976 y 1983, aunque más recientemente, entre 1991 y 1992, fue autor del *Tratado de derecho federal, estadual y municipal. Argentino y comparado*, 3 ts., Buenos Aires.

¹¹ ITURREZ, Arturo H., en *Derecho público* **Llegaron los GIGAS que tu celu pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar**

Más recientemente, Ricardo Mercado Luna, que fuera profesor titular de Derecho Público de la Universidad Nacional de La Rioja, publicó el libro *Derecho constitucional provincial. Aportes para su formulación*, cuyo cap. I lleva este título: “La nominación de una disciplina como anticipo de su contenido (¿derecho público provincial o derecho constitucional provincial?)”¹².

Allí el autor efectuó el más detenido análisis sobre esta cuestión, arribando a las siguientes conclusiones, entre otras: 1) la imposición del nombre de “derecho público” obedeció a un homenaje a Alberdi; 2) “derecho público provincial” se refiere al derecho constitucional y a las otras ramas del derecho público de las provincias (administrativo, fiscal, procesal, etc.); 3) en esta materia sólo se estudia el derecho constitucional de las provincias, aunque no íntegramente; 4) no existe bipolaridad en las relaciones entre Nación y provincias, pues éstas tienen derechos constitucionales particularizados; y 5) el derecho público provincial no fue concebido para el estudio integral de todas las constituciones locales¹³.

Mercado Luna propuso la sustitución del nombre actual de la materia por el de “Derecho Constitucional Comparado de las Provincias Argentinas”¹⁴, o por el más breve de “Derecho Constitucional Provincial”, aunque también admitió que se siguiera usando la denominación originaria con estos contenidos especificados¹⁵.

Por nuestra parte, también sostenemos que la denominación de la disciplina es la de *derecho constitucional provincial*, ya que el principal objeto de estudio es el de las constituciones provinciales, pero comprendiéndose también a la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta manera abreviamos la más extensa denominación de *derecho constitucional provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, que describe con más propiedad el federalismo asimétrico que tenemos luego de la reforma constitucional de 1994.

Por esto último, también puede aceptarse la denominación de *derecho constitucional subnacional*, que, asimismo, comprende ambos tipos de constituciones, que deben respetar la supremacía de la Constitución Federal o Nacional.

Adelantamos que estas denominaciones son coincidentes con las utilizadas en el derecho comparado, v.gr., derecho constitucional estatal, en México¹⁶;

¹² MERCADO LUNA, Ricardo, *Derecho constitucional provincial*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, cap. I, ps. 13/31.

¹³ Conf. MERCADO LUNA, Ricardo, *Derecho constitucional provincial*, cit., ps. 30/31.

¹⁴ Como antes lo había propuesto Arturo H. Iturrez, con una denominación similar.

¹⁵ Conf. MERCADO LUNA, Ricardo, *Derecho constitucional provincial*, cit., ps. 21/22.

¹⁶ DE ANDREA SÁNCHEZ, Francisco J. (coord.), *Derecho constitucional estatal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, es una obra que contiene diversos artículos sobre el derecho constitucional de los Estados mexicanos y que fueron presentados en un Congreso de la materia organizado en el año 2000 por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de dicha Universidad, en el 60º aniversario de su creación.

State Constitutional Law (derecho constitucional estatal), en los Estados Unidos¹⁷, y derecho constitucional regional, en Italia¹⁸.

Lo propio ocurre con la denominación derecho constitucional subnacional (*Subnational Constitutional Law*), cuyo uso se está expandiendo¹⁹.

Hechas estas aclaraciones de particular importancia para nuestra disciplina y el contenido de esta obra, indicamos que continuaremos usando el término “derecho público provincial”, por las razones históricas aducidas, porque éste se ha impuesto en general en los planes de estudio de nuestras facultades de Derecho y porque así lo han sostenido los otros autores de este libro. Pero queda suficientemente aclarado que dicho uso será con la comprensión de que el contenido de la disciplina corresponde al derecho constitucional provincial.

¹⁷ Uno de los centros más prestigiosos para el estudio de la disciplina es el Center for State Constitutional Studies (Centro para Estudios Constitucionales Estatales) de la Universidad Rutgers, Camden de New Jersey, con la dirección del profesor Alan Tarr y la subdirección del profesor Robert Williams. También se utiliza la expresión derecho constitucional estatal (*state constitutional law*) o similares, como se aprecia en las siguientes publicaciones: THOMSON, James A., *State Constitutional Law: some comparative perspectives*, 20 Rutgers L. J., 1059 (1989); DUCHACEK, Ivo D., “State constitutional Law in comparative perspectiva”, 496, *Annals* 128 (1988), y ELAZAR, Daniel J., “Introduction: State Constitutional Design in Federal Systems”, 12 *Publius: The Journal of Federalism*, 1, 5 (winter, 1982).

¹⁸ Véanse en Italia, como ejemplo, los libros CARAVITA, Beniamino, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale [Lineamientos de derecho constitucional federal y regional]*, Universidad La Sapienza de Roma, Giappichelli, Torino, 2006, y RUGGERI, Antonio, *Le fonti di diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Universidad de Messina, Giappichelli, Torino, 2001.

¹⁹ Véase ALEN (Bélgica) - TARR - WILLIAMS (Estados Unidos), “International Encyclopaedia of Sub-national Constitutional Law” [“Enciclopedia internacional de derecho constitucional subnacional”], en *Kluwer Law International*, La Haya-London-Boston, con la primera publicación en el supl. 34, de octubre 1999. Ya se han publicado los suplementos correspondientes a los Estados Unidos, Australia, Rusia, Sudáfrica y Argentina, que estuvo a nuestro cargo (HERNÁNDEZ, Antonio M., “Argentina, Subnational Constitutional Law”, en *International Encyclopaedia of Laws, Kluwer Law International*, Suppl. 66, 2005). En el año 2004, la Rutgers University organizó una conferencia internacional sobre “Federalism and Subnational Constitutions: Design and Reform” [“Federalismo y constituciones subnacionales: diseño y reforma”], que tuvo lugar en Bellagio, Italia, en la que participamos. En el VII Congreso Mundial de Derecho Constitucional, organizado en Atenas, Grecia, en junio de 2007, uno de los seminarios, el 11, fue sobre “Subnational Constitutions in Federal Constitutional States” [“Constituciones subnacionales en Estados constitucionales federales”], que tuvimos el honor de dirigir con el profesor Robert Williams, de la Rutgers University de los Estados Unidos. Esta denominación de constituciones subnacionales permite englobar no sólo a las constituciones de los Estados, *länder*, cantones y provincias de Estados propiamente federales como los Estados Unidos, Australia, México, Alemania, Austria, Suiza, Argentina, Canadá y Sudáfrica, sino también a los Estatutos de las regiones como en Italia o de las Comunidades Autónomas como en España, que son países fédero-regionales o regionales. Para un análisis de los contenidos del constitucionalismo subnacional, véase el importante trabajo presentado en el seminario antes citado del Congreso Mundial de Derecho Constitucional, por el profesor de la Rutgers University at Candem, TARR, G. Alan, “Subnational Constitutional Space: an agenda for research” [“Espacio del constitucionalismo subnacional: una agenda para la investigación”], en la página *web* de la Asociación Griega de derecho constitucional, que organizara con la Asociación Internacional de Derecho Constitucional dicho congreso, www.enelsyn.gr.

Por ello, finalizamos este punto con el siguiente *concepto del derecho público provincial*: “Es la rama del derecho público que estudia las constituciones de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el deslinde de competencias dentro del Estado federal y las relaciones interjurisdiccionales de estos entes estatales, hasta el nivel internacional inclusive, con análisis comparado”.

II. OBJETO

Tal como lo acabamos de expresar, el objeto de nuestra materia no es otro que el estudio de las leyes supremas de nuestras provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tanto en su concepto formal como material, en primer lugar.

Ello significa el análisis de: a) las instituciones políticas y jurídicas fundamentales de dichas entidades que conforman nuestra federación, lo que podemos denominar como “derecho constitucional del poder de las provincias y de la Ciudad Autónoma”, siguiendo a Germán Bidart Campos, y b) las declaraciones, los derechos, deberes y garantías de los habitantes, así como las políticas especiales de los Estados, que conforman lo que podemos designar como el “derecho constitucional de la libertad de dichas entidades”, con la misma línea de pensamiento del antes citado constitucionalista.

Ya veremos seguidamente al referirnos al método, que en el concepto actual de Constitución se comprende no sólo el análisis de las normas jurídicas, sino también de aspectos históricos y políticos, hechos sociológicos y valores filosóficos que hacen de la normativa suprema una creación histórica y cultural de una sociedad²⁰, con pretensión de futuridad.

Las constituciones provinciales y de la Ciudad Autónoma son el resultado del ejercicio del respectivo poder constituyente dentro de la Federación Argentina, que comprende, luego de la reforma constitucional de 1994, a cuatro órdenes de gobiernos gubernamentales: el federal, el de las provincias, el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el de los municipios²¹.

Por lo tanto, es indudable que el *deslinde de competencias* entre los diversos órdenes gubernamentales dentro de la Federación es una temática de singular importancia para el derecho constitucional de las provincias y de la Ciudad Autónoma y es el segundo gran tema que comprende el objeto de esta disciplina.

Aunque pueda diferenciarse al derecho federal del público provincial o constitucional provincial, resulta evidente que la interrelación entre ellos es tan estrecha que no puede dejar de efectuarse en nuestra disciplina. El estudio del federalismo es común en este sentido tanto al derecho constitucional federal

²⁰ Como ha enseñado HÄBERLE, Peter, *La teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, 1ª ed. alemana, 1982; y recién en el 2000, en español, con influencias de Smend, Heller y Weber. Puede verse además su libro *El Estado constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007, con estudio introductorio de Diego Valadés, en su cap. I.

²¹ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997, cap. II.

como al derecho constitucional de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En tercer lugar, también integra la materia el *análisis de las interrelaciones con otros órdenes gubernamentales*: el municipal, el regional, el federal, el de la integración supranacional y el internacional.

En nuestra federación el régimen municipal debe ser regulado por las provincias, en respectivos títulos o capítulos de sus leyes supremas, pero sobre la base del respeto a los principios que garantizan la autonomía local, según mandamiento del art. 123, CN. Estas interrelaciones también son objeto de estudio por el derecho municipal, que también tiene su autonomía científica²². Aprovechamos para aclarar que el *derecho público provincial o derecho constitucional provincial es una disciplina o rama del derecho público distinta del derecho municipal, aunque se estudien juntas en la materia "Derecho Público Provincial y Municipal"*, de nuestras facultades de Derecho.

También la trascendente reforma constitucional de 1994 otorgó sustento normativo supremo a la *creación de regiones para el desarrollo económico y social* por parte de las provincias, como una nueva alternativa para fortalecer nuestro federalismo y ello como uno de los aspectos más interesantes y promisorios hacia el futuro²³.

Los notables cambios impulsados por la reforma citada se observan en particular en el reconocimiento de la *integración supranacional*, que importa una modificación esencial para la inserción de la Federación, provincias, regiones e incluso municipios en el mundo globalizado en que vivimos. Es que hoy se ha difundido la expresión "glocal" para indicar que hay que pensar globalmente pero actuar localmente, lo que nos obliga a analizar los nuevos roles a cumplir por nuestros diversos órdenes gubernamentales.

Obsérvese que las relaciones de provincias, regiones y municipios hoy se producen en el marco de la integración del Mercosur, que el día de mañana puede avanzar hacia un derecho comunitario —como ocurre en Europa— y eso plantea novedosos problemas en el mundo jurídico. Piénsese, por ejemplo, que actualmente se calcula que el 80% de la legislación que aplican los municipios europeos tiene su origen en el derecho comunitario.

Se trata, en definitiva, de una modernización profunda de nuestro derecho público en todas sus disciplinas²⁴.

Esto explica la notoria ampliación del objeto de nuestra disciplina²⁵, a la luz de las modificaciones operadas a nivel mundial que han impactado también en la ciencia jurídica.

²² Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, cap. I.

²³ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo, autonomía...*, cit., cap. II.

²⁴ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *Integración y globalización: rol de las regiones, provincial y municipios*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

²⁵ Compárese, por ejemplo, con los objetivos **Llegaron los GIGAS que tu celu pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar**

Finalmente, en cuarto lugar, también estimamos que el objeto de estudio de la disciplina está integrado por el *análisis comparado* que tiene dos dimensiones: una interna, entre las distintas constituciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y otra externa, con las otras constituciones o estatutos de otros Estados federales o regionales.

III. MÉTODO

La palabra "método", cuya etimología es latina y griega, significa "el procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla"²⁶.

Hace tiempo que sostenemos el enfoque realista e interdisciplinario para el estudio del derecho público en cualquiera de sus ramas²⁷.

El realismo jurídico es hoy imperante en el estudio del derecho público, luego que los aportes de Duguit, Hauriou, Smend y Heller se impusieran en los ámbitos internacionales y de nuestro país y, en consecuencia, se incorporaran elementos sociológicos y políticos para desentrañar la verdad y realidad de las instituciones jurídicas fundamentales.

Decía al respecto César Enrique Romero, antecesor nuestro en la Cátedra A de Derecho Constitucional de Córdoba: "Adoptamos, por eso, el enfoque que caracteriza a la ciencia política, que computa los datos no solamente formales de las cuestiones constitucionales, sino los que ofrece la realidad de su vigencia. Es cierto que el esquema básico, el punto de partida, son las instituciones tal cual aparecen legisladas en los textos constitucionales. Pero no se trata de llegar a ellas con criterios dogmáticos, propios del positivismo jurídico, que solamente atiende a los elementos formales o teóricos. Si no se abandona ese dogmatismo tradicional no será posible lograr una comprensión fecunda de los problemas constitucionales, pues muchos de los esquemas estrictamente jurídicos descriptos en la Constitución, sólo se los interpreta cabalmente si se tienen presentes los condicionamientos histórico-sociales que una vez influyeron sobre el legislador para que los impusiera; ni menos podría darse una interpre-

El derecho federal argentino..., cit.: "1º) Organización de los poderes de gobierno. 2º) Determinación de las atribuciones de cada uno de los mismos. 3º) Forma y condiciones de su ejercicio, por los funcionarios respectivos. 4º) Declaración de derechos y garantías", con el alcance que daba a dichos objetivos (ps. 66 y ss.).

²⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 21ª ed., Madrid, 1992, p. 967, acepción 3. Por su parte, "metodología" es la "ciencia del método".

²⁷ Ya en HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal*, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1984, ps. 14 y 15, recordábamos a Salvador Dana Montañó, que postulaba el método histórico-político para el estudio del derecho municipal, a César Enrique Romero, que en similar línea de pensamiento sostenía el realismo jurídico y la adopción del enfoque de la ciencia política para el derecho constitucional, y a Germán Bidart Campos, con la aplicación de la teoría del tridimensionalismo jurídico. Ya en la 2ª edición de dicha obra (Depalma, Buenos Aires, 1997) actualizábamos dicho punto de vista, que sirve de base a nuestra opinión para el método en esta materia

tación que, recogiendo las realidades vivas del presente, permita conferirles un enfoque vivificante a institutos creados en otra época, pero que aún la comunidad mantiene como válidos”. “Una posición metodológica como la asumida aquí, tiene que ver con el reconocimiento de que asistimos a una época de cambio histórico, en la cual nos hallamos irremediabilmente inmersos. Los cambios socioeconómicos, políticos y culturales hacen su impacto, en primer lugar y en forma bastante inmediata, en el ámbito constitucional, cuyo soporte y ‘hábitat’ son las estructuras políticas”²⁸.

Por su parte, Germán Bidart Campos aplicó la teoría del pluralismo de su maestro Werner Goldschmidt al derecho constitucional y sostuvo que el mundo jurídico se compone de tres ámbitos, dimensiones u órdenes: el normativo o normológico, el sociológico de las conductas o comportamientos humanos y el delictológico (estudio de la justicia) o de los valores. Asimismo, distinguía la Constitución formal de la material y decía: “Cualquiera que desea conocer cómo es el régimen político de un Estado no se conforma con leer su Constitución escrita o formal (si es que la tiene). Ambiciona saber si esa Constitución funciona, se aplica, se cumple: o si, al contrario, está deformada en la práctica, o es sistemáticamente violada en todo o en parte; se preocupa por indagar qué otros contenidos constitucionales han ingresado a la dimensión sociológica a través de diferentes fuentes: la costumbre, el derecho internacional, la legislación, la jurisprudencia”²⁹.

En similar línea de pensamiento, Fernando Martínez Paz, académico de derecho de Córdoba, ha señalado tres modelos de enseñanza del derecho: el jurídico unidimensional, el derecho como experiencia jurídica tridimensional y el mundo jurídico multidimensional.

Los dos primeros modelos se corresponden al derecho sólo considerado como ciencia de las normas o, por el contrario, en tres dimensiones: hechos, normas y valores. Y al referirse al tercer modelo, como el más actual y correcto, indica las siguientes dimensiones del mundo jurídico: la antropológica, la social, la cultural y la ética, y, en consecuencia, postula un nuevo punto de vista metodológico, designado “el pluralismo metodológico apoyado en la investigación científica interdisciplinaria”³⁰.

Concluimos afirmando que estos métodos interdisciplinarios son de aplicación para el estudio de nuestra disciplina, en la que debe primar un enfoque realista que pretenda alcanzar el más pleno conocimiento de la verdad de la Constitución tanto formal como real.

²⁸ ROMERO, César E., *Introducción al derecho constitucional*, Zavallía. Buenos Aires, 1976, cap. I, “El derecho constitucional como realismo jurídico”.

²⁹ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1996, ps. 269 y ss.

³⁰ Conf. MARTÍNEZ PAZ, Fernando, *La enseñanza del derecho. Modelos jurídico-didácticos*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Educación, 1995, El Copista, Córdoba, Argentina, ps. 14 y ss.

Siendo el derecho constitucional provincial una parte incuestionable del derecho público, resultan de aplicación estos criterios metodológicos, que además encuentran su fundamentación en la propia ontología del mundo jurídico, como hemos visto.

IV. AUTONOMÍA CIENTÍFICA Y DIDÁCTICA

Para nosotros es posible sostener la *autonomía científica* del derecho público provincial o derecho constitucional provincial, ya que tiene un objeto y un método propios, como acabamos de considerar.

Por cierto que esta disciplina está íntimamente vinculada al derecho constitucional general³¹ y, en consecuencia, toda la teoría general de la Constitución le es aplicable, empezando por el trípode liminar: poder constituyente, supremacía y control de constitucionalidad, además de otros temas relevantes como el de la interpretación constitucional o la tipología de las constituciones. Aquí reiteramos además que el federalismo y el derecho federal son un aspecto compartido de análisis por estas dos disciplinas. Sin poder detenernos en este tema, también señalamos las estrechas relaciones de la materia con el derecho municipal, el derecho administrativo, el derecho internacional público, el derecho fiscal y financiero, la historia del derecho, la sociología del derecho y el derecho político.

En cuanto a la *autonomía didáctica* de la disciplina, debemos advertir que lamentablemente no está reconocida en los planes de estudio de nuestras facultades de Derecho. En la mayoría de ellas no se estudia esta materia y, a lo sumo, en algunos casos sólo existen referencias escasas en los programas de Derecho Constitucional. Por ello reviste especial importancia el dictado de la disciplina junto al derecho municipal, bajo el título de “Derecho Público Provincial y Municipal” en las facultades de Derecho de nuestra Universidad Nacional de Córdoba, que fue la primera³², y en las universidades nacionales de La Plata, Cuyo,

³¹ El profesor James Garner de la Universidad del Estado de New York en la Escuela de Derecho de Buffalo, en su trabajo *Search to Subnational Constitutionalism [En busca del constitucionalismo subnacional]*, sostuvo que “subnational constitutionalism is nothing more than the application of principles of the constitutionalism to the subnational level” [“el constitucionalismo subnacional es nada más que la aplicación de los principios del constitucionalismo al nivel subnacional”]. Y más adelante agregó: “Subnational constitutionalism is an inherent condition of federalism” [“el constitucionalismo subnacional es una condición inherente del federalismo”]. Conf. VII World Congress on Constitutional Law, Atenas, 11-15/6/2007, Workshop, 11. “Subnational constitutions in federal constitutional states” [“Constituciones subnacionales en Estados constitucionales federales”], www.ensyn.gr.

³² Ya hemos referido que la materia Derecho Público Provincial fue incorporada en 1907 al Plan de Estudios de nuestra Facultad de Derecho y que el fundador de la cátedra fue el Dr. Arturo M. Bas. Fue sucedido por el Dr. Luis Eduardo Molina, incorporándose en 1923 el estudio del derecho municipal y, a partir de allí, el nombre de la cátedra fue “Derecho Público Provincial y Municipal”. El siguiente profesor titular fue el Dr. Carlos R. Melo, destacado jurista caracterizado por sus aportes a la historia de las constituciones de Córdoba. Posteriormente asumió la

del Litoral, del Nordeste, del Comahue, La Rioja, Lomas de Zamora, La Pampa y Buenos Aires, aunque en este caso como materia optativa. También esta materia conjunta integra el Plan de Estudios de las Universidades Católicas de Córdoba, de Santa Fe y de Salta; de Mendoza, Belgrano y Morón, en Buenos Aires; Siglo 21 y Pascal, en Córdoba, y Cuenca del Plata, en Corrientes.

Es una triste paradoja que en momentos en que la descentralización del poder se afirma como una de las ideas fuerza de las democracias constitucionales a nivel mundial, en nuestro país no tengamos planes de estudios adecuados que contemplen ello. Pero esto no es más que otra expresión de la decadencia de nuestro Estado de Derecho y del extraordinario grado de centralización que padecemos.

En consecuencia, propugnamos la reforma de los planes de estudios de las facultades de Derecho del país, mediante la inclusión de los siguientes cursos de Derecho Público, en este orden: Derecho Político, Derecho Constitucional, Derecho Constitucional Provincial o Público Provincial, Derecho Municipal, Derecho Administrativo y Derecho Internacional Público, sin perjuicio de otras materias optativas y de profundización³³.

V. FUENTES

Son fuentes de esta materia: 1) la Constitución Nacional, 2) los tratados internacionales, 3) las leyes del Congreso dictadas en consecuencia de la Constitución, 4) las constituciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 5) los tratados interprovinciales, 6) las leyes de dichas entidades federa-

titularidad de la cátedra el Dr. Pedro José Frías, cuyo magisterio en federalismo ha sido ampliamente reconocido en el país y en el extranjero. Al dividirse la materia en las Cátedras A y B, ocupó la titularidad de esta última el Dr. Rodolfo Berardo, y a partir de los concursos celebrados en 1990 asumí la titularidad de la Cátedra A, correspondiéndole la B al Dr. Alberto Zarza Mensaque. Y en el concurso posterior de 2005, al obtener nuevamente la titularidad de dicha cátedra, fui designado profesor titular plenario, mientras que en la Cátedra B fue nombrado como profesor titular el Dr. Guillermo Barrera Buteler.

³³ Ya hemos adelantado que el estudio de esta materia está avanzando en el derecho comparado, acorde con el enorme interés que demuestra la consolidación de las formas federativas en las democracias constitucionales. No obstante ello, en el caso de los Estados Unidos se presenta una situación similar a la de nuestro país con esta materia. Me refería el profesor Robert Williams, de la Rutgers University de New Jersey, autor de una obra destacada sobre State Constitutional Law (derecho constitucional estatal), que en los planes de estudio de las facultades de Derecho de dicho país es más extendido el estudio del derecho municipal que el del derecho constitucional estatal. En otros casos, se dictan ambas materias conjuntamente, como en la prestigiosa Universidad de Columbia, cuya titularidad está a cargo de Richard Briffault, quien es coautor con Laurie Reynolds de la reconocida obra *State and Local Government Law*, 6ª ed., American Casebook Series, Thomson-West, 2004, USA. En relación con este país, también queremos indicar que además se estudia el constitucionalismo estatal en las facultades de Ciencia Política, como, v.gr., en la Universidad Wake Forest, donde el profesor John Dinan dicta la materia "State Politics" (Política Estatal), mientras que el derecho constitucional estatal no se estudia específicamente en la Facultad de Derecho de dicha Universidad.

tivas, 7) la jurisprudencia, 8) la fisonomía y antecedentes de cada una de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 9) la doctrina y 10) el derecho comparado.

1. La Constitución Nacional

Ésta es la fuente primera y más importante, pues allí se encuentra la base fundamental de nuestra organización política y jurídica. La República, como forma de gobierno, la Federación, como forma de Estado, y la Democracia, como forma de vida y régimen político, constituyen los principios esenciales de la argentinidad, como claramente emerge de la Ley Suprema. Ello debe ser respetado y asegurado por los diversos estados y gobiernos que componen la Federación.

Aunque la Constitución como un todo —acorde con una interpretación sistemática y finalista— es fuente principal de la rama jurídica que estudiamos, en nuestras clases distinguimos entre los artículos y partes que son fuente directa e inmediata y los otros que son fuente indirecta o mediata.

Y enunciamos muy brevemente entre las primeras fuentes al *Preámbulo*, que hace referencia al origen de nuestra Federación, al mencionar que los representantes del pueblo de la Nación Argentina, fueron reunidos en Congreso General Constituyente "por voluntad y elección de las provincias que la componen" y "en cumplimiento de pactos preexistentes".

Y siguiendo el orden numérico del articulado, observaremos que existen fuentes directas tanto en la Parte Primera de la Constitución (dogmática) como en la Segunda (organización del poder) —más allá de los problemas de sistematización— e incluso en las Disposiciones Transitorias.

En este sentido mencionamos en la *Parte Primera* a los arts. 1º (forma de gobierno); 2º (por el interesante debate sobre el sostenimiento del culto católico apostólico romano como solamente obligación del gobierno federal o también de las provincias, como planteaba Bidart Campos); 3º (Capital Federal); 4º (formación del Tesoro Nacional); 5º (bases para el poder constituyente de las provincias); 6º (intervención federal); 7º (validez de los actos públicos y procedimientos judiciales en la Federación); 8º (alcance de la ciudadanía provincial y extradición como obligación provincial); 9º a 12 (aduanas y derecho de tránsito); 13 (formación de nuevas provincias y su integridad); 14 a 20 (derechos y garantías que rigen en las provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires); 22 (que originara un debate sobre la posibilidad o no del ejercicio de instituciones semidirectas en provincias y municipios); 23 (que originara un debate entre Sarmiento como gobernador de San Juan y Rawson como ministro del Interior sobre la posibilidad o no del establecimiento del estado de sitio por parte de las autoridades provinciales); 24 (sobre la competencia provincial para instituir jurados); 25 (política inmigratoria); 26 (navegación de los ríos interiores); 27 (política internacional y tratados conformes a los principios de la

Constitución; 28 (imposibilidad de alteración de los anteriores principios, derechos y garantías por las leyes reglamentarias); 29 (prohibición de la concesión de facultades extraordinarias, o sumisiones o supremacías al presidente y a los gobernadores); 30 (reforma de la Constitución federal); 31 (supremacía del bloque federal de constitucionalidad); 32 (prohibición de leyes que restrinjan la libertad de imprenta o que establezcan sobre ella la jurisdicción federal); 33 (derechos y garantías implícitos que también deben ser reconocidos por virtud del art. 5°); 34 (incompatibilidades en la justicia federal y en las provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); 36 (atentados al orden constitucional y usurpación de funciones federales y provinciales); 37 (derechos políticos); 38 (partidos políticos); 41 (derecho al ambiente); 42 (derechos de usuarios y consumidores), y 43 (garantías constitucionales: amparo, hábeas corpus, hábeas data y secreto de las fuentes de información periodística).

En la *Parte Segunda* lo primero que destacamos es que su denominación es “Autoridades de la Nación”, y que consta de dos títulos: el primero, sobre “Gobierno federal”, y el segundo, sobre “Gobiernos de provincia”, lo que significa que *todas son autoridades de la Federación Argentina*.

Resulta evidente que los artículos del *Título Segundo*, desde el 121 al 129, son fuente directa e inmediata, ya que establecen las bases fundamentales para la distribución de competencias de la Federación y organización autonómica de las provincias, de la Ciudad de Buenos Aires y de los municipios.

Pero también en el *Título Primero*, sobre el gobierno federal, hay artículos que incluimos en la categoría que analizamos, ya que se refieren al objeto de nuestra disciplina. En este sentido señalamos en general a las normas sobre distribución de competencias: arts. 75, 99, 116 y 117 (atribuciones de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial del gobierno federal); integración paritaria del Senado por tres representantes de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: art. 54; reconocimiento de jerarquía constitucional a tratados internacionales de derechos humanos: art. 75, inc. 22, e integración supranacional: art. 75, inc. 24.

Finalmente, entre las *Disposiciones Transitorias* podemos indicar a la sexta (régimen de coparticipación impositiva), séptima (atribuciones del Congreso en Buenos Aires mientras sea Capital Federal) y decimoquinta (Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

La importancia y supremacía de la Constitución Nacional como fuente de nuestra disciplina emerge directamente del texto del art. 31, que expresa: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la Ley Suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes y constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11/11/1859”³⁴.

Sin poder detenernos en un análisis circunstanciado de esta norma de especial trascendencia, sólo queremos puntualizar ahora estos aspectos: a) aquí se establece la supremacía de la legislación federal —que también se denomina más modernamente “bloque de constitucionalidad federal”— sobre la legislación de las provincias y —agregamos nosotros— de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; b) esto no debe interpretarse como una supremacía del gobierno nacional o federal sobre el resto de los ordenamientos gubernamentales, pues ello violentaría los principios de nuestra Federación³⁵; c) va de suyo que dicha supremacía debe ser garantizada por el Poder Judicial, y especialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del control de constitucionalidad³⁶.

2. Los tratados internacionales

La reforma constitucional de 1994 estableció profundos cambios en la gradación jerárquica normativa del art. 31, CN, que han impactado profundamente en nuestra disciplina, ya que se ha ampliado el llamado “bloque de constitucionalidad federal” que debe ser respetado por las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En efecto, por una parte se ha reconocido jerarquía constitucional a los once instrumentos internacionales de derechos humanos indicados por el art. 75,

la Federación Argentina y la provincia de Buenos Aires, luego de la batalla de Cepeda, donde triunfara el general Justo José de Urquiza y que decidiese la incorporación de la provincia a la Federación. Dicha provincia se había sesionado en 1852 y no había tomado parte en la sanción de la Constitución Nacional de 1853. El Pacto dio origen a la revisión de la Ley Suprema, mediante un procedimiento especial que culminó con la Convención de 1860, que estableciera modificaciones particularmente importantes en relación con el federalismo, como más adelante se verá.

³⁵ Como erróneamente lo expresara GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Introducción al derecho público provincial*, cit., p. 83, en un tema donde analiza este art. 31. Esta cuestión no es menor, ya que es bastante extendido este concepto que subordina las provincias y municipios al gobierno central o federal.

³⁶ Al comentar el art. 31, CN, decía Clodomiro Zavalía: “Pero esa supremacía no significa, ni mucho menos, la posibilidad de que la voluntad de la Nación ha de ser impuesta a las provincias de un modo arbitrario e ineludible. No. Precisamente, dentro del concepto de que nuestras instituciones se basan en un sistema de frenos y contrapesos, existe la posibilidad de someter al juicio del Poder Judicial la apreciación de todas aquellas situaciones en las cuales aparezca excedido el uso de algunas de las facultades conferidas al gobierno nacional; del mismo modo cabe plantear cualquier otra extralimitación de las autoridades locales. Quiere ello decir, entonces, que la supremacía establecida por el art. 31 está condicionada al ejercicio regular de las respectivas facultades que dentro del sistema federal, incumben a la Nación y a las provincias. La Constitución general del país es la Ley Suprema, así como también las sanciones del Congreso que se ajusten a ella; pero si el Congreso obrase fuera de los poderes que les son propios, las leyes que de ese modo se dictasen carecerían de valor, apenas la cuestión se plantease ante los tribunales bajo la forma indispensable de un caso contencioso. Una cláusula análoga a nuestro art. 31 figura, naturalmente, en la Constitución de los Estados Unidos, habiendo sido su interpretación motivo de luminosos fallos que constituyen una permanente guía para orientarse en la práctica de las instituciones” (Conf. ZAVALÍA, Clodomiro, *Derecho federal*, t. 1, cit., p. 258).

³⁴ El último párrafo de la norma se refiere al Pacto de San José de Flores, celebrado entre

inc. 22, y a los que el Congreso otorgue tal categoría. Esto ha significado un enorme salto cualitativo en nuestro derecho constitucional, pues hemos ingresado a su etapa más avanzada: el *derecho internacional de los derechos humanos*, que complementa y perfecciona las anteriores del constitucionalismo clásico o liberal y el constitucionalismo social.

El nuevo pléxus de derechos y garantías de dichos instrumentos internacionales constituye ahora la fuente “externa” de los derechos humanos, que se suma y complementa con su fuente “interna”, reconocidos en nuestras constituciones federal, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Y por disposición del art. 5º, CN, dichos derechos y garantías también deben ser asegurados por todos los órdenes gubernamentales de la Federación.

Asimismo, y como consecuencia de ello, se ha otorgado rango constitucional a nuestra integración en el *sistema regional y mundial de protección internacional de derechos humanos*.

El sistema americano fue instituido por el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, que organizara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington, y la Corte Interamericana, con sede en San José de Costa Rica. Y esto ha significado una modificación fundamental de nuestro derecho, ahora mucho más vinculado al derecho internacional, donde de manera paulatina se aprecia la importancia de la jurisprudencia de dichos tribunales, y especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁷.

En los tratados internacionales de derechos humanos suelen existir cláusulas referidas a las obligaciones que asumen los Estados específicamente federales por sus Estados componentes. Es el caso en particular de la Convención Americana, que en su art. 28, denominado “cláusula federal”, indica en su inc. 2º: “...el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”³⁸.

Por otra parte, el art. 75, inc. 22, también modificó la jerarquía de los *otros tratados internacionales* al colocarlos por encima de las leyes, lo que también integra el bloque de constitucionalidad federal que deben respetar las provincias según el art. 31.

Y por último, se encuentran en esta misma categoría los *tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales*, según lo prescribe el art. 75, inc. 24.

³⁷ Véase el libro *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Organización de Estados Americanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2005, con un análisis de sus funciones, jurisprudencia, estadísticas y criterios.

³⁸ Véase el libro AA.VV., *Jornadas sobre el Pacto de San José de Costa Rica*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1988, donde

Ya nos hemos referido anteriormente en el objeto de nuestra disciplina a la extraordinaria importancia de este último aspecto en orden a la modernización de nuestro derecho público, por los nuevos roles que desempeñarán las regiones, provincias y municipios en el marco del mundo globalizado en que estamos insertos.

Más allá de sus vicisitudes, está en marcha el Mercosur, que impacta en el derecho de las provincias y municipios, pero en el futuro puede originarse un derecho comunitario que profundizará estas interrelaciones.

Todo esto indica la especial trascendencia de los tratados internacionales como fuente de nuestra disciplina³⁹.

3. Las leyes del Congreso dictadas en consecuencia de la Constitución

Respecto de las leyes del Congreso, que también integran junto a los tratados y a la Constitución el bloque de constitucionalidad, debe subrayarse que para que su supremacía tenga validez, el art. 31 requiere que sean dictadas en “consecuencia” de la Ley Fundamental.

Tal como antes lo decíamos al comentar dicha norma, constituye un grave error de interpretación constitucional que lesiona nuestra forma de Estado otorgar supremacía a una ley del Congreso sobre el ordenamiento provincial o municipal, simplemente porque proviene del órgano legislativo del gobierno federal.

Ya adelantaba Arturo M. Bas con claridad el criterio constitucional correcto en esta materia: “Aunque parezca axiomático, conviene recordar en esta oportunidad que para que las leyes nacionales revistan el carácter expresado, deben encuadrarse en los preceptos de la Constitución, pues de lo contrario carecerían de eficacia. Y así, en caso de conflicto entre leyes nacionales y leyes o constituciones locales, no puede sostenerse *a priori* la supremacía de las primeras sobre las últimas, desde que éstas, por el contrario, deberían prevalecer, si tuvieran como objetivo materias de su exclusiva competencia, cual serían, por ejemplo, las relativas a la organización de sus poderes de gobierno, legislación de policía, delitos de imprenta, etc.”. “Y nada más lógico —agregaba el distinguido jurista cordobés— que la referida conclusión: las atribuciones de las provincias al respecto emanan de la Constitución Nacional, que vendría a quedar supeditada a las leyes del Congreso, si en los casos recordados se acordara supremacía a estas últimas”⁴⁰.

³⁹ Para un análisis integral de esta importante temática, en la que no nos detenemos porque excede el propósito de esta obra, véase CASTORINA DE TARQUINI, María C., *Federalismo e integración*, Ediar, Buenos Aires, 1997, y HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo, autonomía..., cit., e Integración y globalización...*, cit.

⁴⁰ Conf. BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino...*, cit., ps. 52/53. Y también agregaba: “A pesar de la claridad de estos principios, hace muy poco tiempo que un fiscal nacional de Estado sentaba como regla absoluta la supremacía de la Ley Nacional sobre cualquier disposición de las leyes o autoridades locales”. El escritor Bryce, que antes recordara, consigna con

No obstante lo expresado, a lo largo del tiempo no pudo detenerse el proceso de centralización de nuestro país, ya que el gobierno federal avanzó sobre las competencias locales, incluso a través de leyes sancionadas por el Congreso, sin las limitaciones e impedimentos que hubieran correspondido en virtud de un control de constitucionalidad estricto en esta materia ⁴¹.

4. Las constituciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ⁴²

La autonomía de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, reconocida y asegurada por la Constitución Nacional, comporta el ejercicio de los respectivos poderes constituyentes, según lo dispuesto por los arts. 5°, 123 y 129.

Dichos poderes constituyentes de segundo y tercer grado han originado los *textos constitucionales de nuestras veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma*, que constituyen la legislación fundamental y suprema de la organización jurídica y política de dichas entidades, donde se reconocen los derechos, deberes y garantías de los habitantes, se organiza el poder y se reglamentan las bases del régimen municipal.

Estas constituciones son fuente muy importante para el estudio de nuestra disciplina, ya que ocupan un lugar de relevante jerarquía en el esquema constitucional y federal del país y, en general, son más extensas y detallistas que la Constitución Nacional.

Aunque no son tan conocidas como la Nacional ⁴³, han tenido *especiales características* en comparación con ella. Por ejemplo, respecto de su tiempo de sanción, las provincias históricas sancionaron sus propias constituciones en el

exactitud las mismas conclusiones que he formulado, refiriéndose a la organización constitucional de los Estados Unidos, cuando dice: "Las cuatro clases de leyes americanas son: I. La Constitución federal. II. Las leyes federales. III. Las constituciones de estado. IV. Las leyes de los estados. Entre ellas, la Constitución federal es la que prevalece sobre todas las otras leyes. Las leyes federales, cuando ellas están en armonía con la Constitución, prevalecen sobre la de los números III y IV: Si extralimitan los poderes conferidos por la Constitución, son nulas en esa parte. Una Constitución de estado debe ceder antes las leyes de los números I y II, pero prevalece sobre las leyes de Estado" (Conf. BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino...*, cit., p. 53). Indicamos que James Bryce fue un notable comentarista de la Constitución norteamericana, cuyo art. VI, cláusula 2, es el directo antecedente del art. 31, CN.

⁴¹ Dicho proceso de centralización también se observa en la relación entre las provincias y sus municipios, ya que tampoco existe un adecuado respeto y cumplimiento de las normas que han consagrado las autonomías locales.

⁴² Hemos analizado con mayor profundidad estas cuestiones en HERNÁNDEZ, Antonio M., "Argentina...", cit.

⁴³ La Encuesta de Cultura Constitucional arrojó un 91% de desconocimiento total o amplio de las constituciones provinciales, frente a un 77% de la Nacional. Véase HERNÁNDEZ, Antonio M. - ZOVATTO, Daniel - MORA Y ARAUJO, Manuel. *Encuesta de cultura constitucional. Argentina, una sociedad anómica*. Universidad Nacional Autónoma de México y la Asociación Argentina de derecho constitucional, México, 2005, p. 92.

período entre 1819 y 1853, antes del establecimiento de la Constitución Nacional. Y posteriormente, a partir de dicha fecha, comenzaron otra etapa distinta, para adecuarse a ella, en cumplimiento del principio de supremacía de dicha Constitución federal, prescripto por el art. 31.

En el derecho constitucional argentino —tanto en el orden federal como en los que analizamos— se aprecian claramente *3 etapas*: 1) el constitucionalismo *liberal o clásico*, que consagró al Estado liberal y reconoció los derechos humanos de primera generación (civiles y políticos); 2) el constitucionalismo *social*, que estableció un Estado social y reconoció los derechos humanos de segunda generación (derechos sociales), y 3) el constitucionalismo de la *internacionalización de los derechos humanos*, que concedió jerarquía constitucional a determinados tratados internacionales de derechos humanos y reconoció los derechos humanos de tercera generación.

En el orden federal la primera etapa comenzó en 1853; la segunda etapa, en las reformas de 1949 y 1957, y la tercera etapa, en la reforma de 1994. En general, se puede advertir que las constituciones provinciales se fueron adecuando a dichos cambios.

Sin embargo, en el tránsito hacia el constitucionalismo social algunas constituciones provinciales se adelantaron a la Constitución Nacional, como es el caso de las provincias de Mendoza (1915), San Juan (1927), Entre Ríos (1933) y Buenos Aires (1934), que reconocieron los derechos sociales de los trabajadores o el voto de las mujeres, mientras que ello ocurrió en el orden federal recién en 1949 y 1957.

Y con relación a la tercera etapa ocurrió lo propio, pues las constituciones provinciales de Neuquén (1957), San Juan (1986) y Córdoba (1987) incluyeron entre sus disposiciones complementarias a algunos tratados internacionales de derechos humanos, además de reconocer los llamados derechos humanos de "tercera generación" —como, por ejemplo, los referidos al medio ambiente, previstos por la Constitución de Córdoba de 1987—, mientras que ello ocurrió en la Constitución Nacional en la reforma de 1994.

5. Los tratados interprovinciales

Dichos tratados fueron fuente de nuestra materia a lo largo de la historia de nuestra forma de Estado.

Ya en el Preámbulo se hace mención a los pactos preexistentes, que Bidart Campos calificara como la fuerza instrumentadora del federalismo.

Posteriormente, el art. 107 del texto histórico de nuestra Ley Suprema haría referencia a ellos, estableciendo como sus fines la administración de justicia, los intereses económicos y los trabajos de utilidad común. Aunque dichos tratados "parciales" o "domésticos" fueron perdiendo su importancia a partir de 1853, en la década de 1950 recuperaron su protagonismo y dieron base a un federalismo de coordinación o concertación, como más adelante veremos en

Por último, actualmente conservan su base constitucional en el art. 126, luego de la reforma constitucional de 1994, que ha profundizado el ejercicio de las relaciones interjurisdiccionales de las entidades federativas al mantener la normativa anterior y agregar nuevos instrumentos como las leyes-convenio o la celebración de convenios internacionales.

Asimismo, mediante estos tratados se ha gestado la creación de las regiones de nuestro país, acorde con las facultades reconocidas a las provincias en el art. 124 ⁴⁴.

6. Las leyes de dichas entidades federativas

Las leyes sancionadas por las Legislaturas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que reglamentan las respectivas leyes supremas, también son fuente de la materia. Piénsese, por ejemplo, en la importancia que reviste la normativa sobre partidos políticos, sistema electoral, Consejo de la Magistratura, Defensor del Pueblo, Ley Orgánica del Poder Judicial o reglamentos de la Legislatura. Recuérdese que esta legislación, si bien es infraconstitucional, no deja de integrar el concepto material de la Constitución.

7. La jurisprudencia

Ésta es otra fuente de significativa importancia, pues los jueces en nuestro sistema tienen la importante función de ejercer el control de constitucionalidad y, por lo tanto, la interpretación y aplicación que realizan de la normativa asume especial significación. En particular hay que destacar la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que es la intérprete final de la Constitución Nacional ⁴⁵.

En relación con el más alto tribunal, debemos puntualizar su grave responsabilidad dentro del proceso federal —como también ocurre en otros Esta-

⁴⁴ Véase el tema de las regiones para el desarrollo económico-social, en HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo, autonomía...*, cit., e *Integración y globalización...*, cit.

⁴⁵ Así como la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos fortaleció con sus sentencias al gobierno federal a partir de su primera integración y bajo la presidencia del célebre *Chief Justice Marshall*, creemos que en nuestro país ocurrió lo propio. Claro que aquí el proceso de centralización ha sido notoriamente mayor, con jurisprudencia convalidatoria de ostensibles violaciones de las normas y principios constitucionales federales. En este sentido, al discurrir sobre el control de constitucionalidad, nos hemos manifestado en contra de la expresión de Charles Evans Hughes, de que la Constitución es lo que los jueces dicen que es, sobre la base de las opiniones de otros juristas norteamericanos como Frankfurter, Corwin, Dworkin o Tribe, que distinguen claramente a la Constitución de la interpretación que pueda efectuarse de ella, por una parte, sumado a que si bien los tribunales realizan la más importante interpretación, ello no impide que también puedan efectuarla los otros poderes del Estado, los doctrinarios y los ciudadanos (véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *El caso "Fayt" y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, ps. 89/90 y nota 102).

dos—, a través de sus sentencias sobre la delimitación de competencias entre los diversos órdenes gubernamentales.

8. La fisonomía y antecedentes de cada una de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Aquí unimos estas dos fuentes señaladas por Arturo M. Bas, quien decía que la fisonomía debía ser fuente, porque se debía adaptar los principios de legislación e instituciones a “la peculiaridad de cada una de las provincias, en orden a las necesidades, hábitos, capacidad productiva, densidad de la población, etc.”, y que dentro de las condiciones de la Constitución Nacional, “el derecho público de cada una de las provincias, puede y debe tener sus modalidades especiales” ⁴⁶.

Por nuestra parte, en oportunidad de las participaciones en las convenciones constituyentes, hemos recordado que la primera regla señalada por Segundo V. Linares Quintana para la redacción de las normas constitucionales es la “adecuación a la realidad institucional”, por las estrechas relaciones entre la norma y la realidad sociológica.

Igualmente, el fundador de esta cátedra de Córdoba sostenía el carácter de fuente de las instituciones locales anteriores de cada provincia, y en tal sentido ponía como ejemplos a los cabildos y los ensayos constitucionales anteriores a la organización definitiva del país ⁴⁷.

Nosotros creemos que resulta imprescindible para un conocimiento preciso de las instituciones el análisis de sus antecedentes históricos, tal como lo hemos sostenido en el punto sobre el método de esta disciplina.

9. La doctrina

También reviste el carácter de fuente la doctrina de los autores, ya que no puede desconocerse el aporte que ellos realizan al estudio de la disciplina.

10. El derecho comparado

Finalmente indicamos al derecho comparado, que en este caso tiene un doble aspecto: el interno, con el análisis de nuestras constituciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y el externo, referido a las constituciones e instituciones subnacionales de otros países federales, regionales o fédero-regionales.

⁴⁶ BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino...*, cit., t. I, p. 61.

⁴⁷ Conf. BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino...*, cit., t. I, ps. 58 y ss. Aunque al referirse a estos instrumentos, compartía la opinión crítica de Juan P. Ramos (*El derecho público de las provincias argentinas*, t. I, ps. 68 y ss.): “Si mucho valen como documentos, nada valen como doctrina”, y citaba como ejemplos disvaliosos a las constituciones de Santa Fe de 1819 y de Córdoba de 1847.

CAPÍTULO II
LOS SISTEMAS POLÍTICOS FEDERALES

por ANTONIO M. HERNÁNDEZ *

I. LA TEORÍA DEL FEDERALISMO Y LOS FEDERALISMOS

1. Origen y denominación. La Convención de Filadelfia de 1787
y *El federalista*

Las experiencias históricas de los *Estados Unidos* —principalmente ¹— y de *Suiza* ² dieron origen al federalismo, como nueva forma de gobierno y de

¹ Expresó al respecto Karl Loewenstein, uno de los más importantes publicistas del siglo XX: "Junto a la Constitución escrita y el establecimiento de la forma 'republicana' de gobierno, esto es, no monárquica, en Estados con un extenso territorio, el federalismo es la aportación americana más importante a la teoría y práctica del Estado moderno. Uniones de Estados de tipo federal habían existido anteriormente: en la antigua Grecia, las ligas o *sinokias délica*, anfictiónica, helénica y aquea; la alianza eterna (*ewige bund*) de los cantones suizos desde el siglo XIV y XV, la Unión de Utrecht (1569) entre las siete provincias nortefías de los Países Bajos. Pero ninguna de estas formaciones constituyeron un auténtico Estado federal, en parte por la ausencia de órganos comunes con jurisdicción directa sobre los ciudadanos de los Estados asociados, y en parte por la preponderancia de uno de los miembros. Otras asociaciones estatales, como el Sacro Imperio Romano de la nación alemana, fueron, bien asociaciones basadas en relaciones de vasallaje o feudales, bien, en el mejor de los casos, de naturaleza confederal. Tras el período transitorio de los *Articles of Confederation*, los trece estados americanos formaron con la Constitución federal de 1787 y, por primera vez en la historia, un estado federal completamente estructurado" (LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1982, ps. 354/355).

² Aunque este país europeo recién adoptó una organización federal con influencia de la Constitución norteamericana en 1848, es indudablemente el que tiene una mayor historia y tradición autonómica y confederal, ya que en 1291 se constituyó como confederación sobre la base de tres regiones del centro de Suiza que formaron una Dieta. Y a lo largo de los siglos ha mantenido muy particulares características que le han permitido ser una de las democracias más profundas y avanzadas del mundo, con la mayor práctica de instituciones de democracia directa y semidirecta.

* Abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor titular plenario de Derecho Público Provincial y Municipal y profesor titular de Derecho Constitucional (Universidad Nacional de Córdoba). Académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y director del Instituto de Federalismo. Académico correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional.

13

Estado, que estableciera una especial *división del poder en relación con el territorio, en contraposición al unitarismo*. Y esos hechos precedieron al origen de la palabra ³ que surgió con sentido más preciso después de finalizada la obra de la *Convención de Filadelfia de 1787*, que sancionara la Constitución de los Estados Unidos ⁴.

Dicha Convención tiene una importancia superlativa en la historia de los federalismos, pues fue la primera en establecer este sistema en una Ley Fundamental, como muestra de suprema sabiduría política y jurídica, por el acuerdo logrado entre los diversos estados de la Unión para superar los problemas de los *artículos de Confederación de 1778*, que impedían un gobierno efectivo. Los máximos expositores en dicha Asamblea Constituyente —presidida por George Washington, después primer presidente de los Estados Unidos—, fueron *James Madison* y *Alexander Hamilton*, que representaban a los estados de Virginia y Nueva York, respectivamente.

A esa creación genial la Constitución norteamericana agrega otra nota impercedera: la de haber sido la primera de carácter nacional, escrita y republicana, que diera origen al constitucionalismo moderno en su etapa liberal o clásica, pues su ejemplo fue seguido por las constituciones francesas y luego por el resto de los países.

La influencia de dicha Constitución fue muy importante en América latina, y en particular en los países federales como Argentina, Brasil, México y Venezuela.

Volviendo al origen de la palabra “federalismo”, como para la entrada en vigencia de la Constitución era menester la aprobación por parte de nueve de los trece estados que componían la federación norteamericana, entre 1787 y 1788 fueron publicados por los miembros de la Convención antes citados junto a John Jay, en diarios del estado de Nueva York y con el pseudónimo de “Publius”, *The Federalist Papers* ⁵ (*El federalista*), en apoyo de la obra constituyente.

³ Como lo indica Tania Groppi, profesora de Derecho Público Europeo y Comparado de Siena, Italia (*El federalismo*, Laterza, Roma, 2004, ps. 5 y ss.), en su etimología, la palabra “federalismo” deriva del latín *foedus*, que significa “tratado, pacto, convención o alianza”, y de allí el verbo *foeder*o (unirse en un pacto) y el sustantivo *foederatio* (como resultado de esta acción). O sea, federarse como verbo, y federación como sustantivo, decimos nosotros.

Sostiene la autora que a fines del siglo XVIII los diccionarios en lengua inglesa y francesa se referían a la palabra como un neologismo que hacía referencia a las experiencias de los Estados Unidos y Suiza, y al proyecto constitucional elaborado por los girondinos a comienzos de 1790 en la Revolución Francesa.

⁴ Explica Groppi que en los debates de la Convención de Filadelfia existió un uso promiscuo de los términos “federación” o “confederación”, ya que los modelos estatales existentes hasta ese entonces eran el Estado unitario y el confederal, que consistía en una liga o alianza de Estados soberanos y que provenía del derecho internacional (conf. GROPPi, Tania, *El federalismo*, cit., p. 6).

⁵ Los artículos periodísticos fueron publicados entre el 27/10/1787 y el 16/8/1788 en diarios del estado de Nueva York y dieron origen a una primera edición del primer volumen de la obra por A. y J. McLean en la ciudad de Nueva York. Llegaron los GIGAS que tu celu pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar

Los *Federalist Papers* constituyeron la primera exposición sobre el federalismo como nueva forma de gobierno y de Estado, con una clara concepción liberal de división y limitación de los poderes dentro del Estado y de afirmación de los derechos de los ciudadanos. La influencia de esta obra ha sido fundamental en la historia del pensamiento político y constitucional universal y también nos alcanzó, a través de Alberdi y, por su intermedio, de los constituyentes de 1853, que nos legaron la Constitución histórica. Pudo además ser conocida por otros precursores de la idea federal, como José Gervasio de Artigas y Manuel Dorrego.

La denominación de federalismo hacía referencia a la nueva forma de gobierno y de Estado creada, que *Alexander Hamilton* definió como “una asociación de uno o más estados en un único Estado, en el cual la autoridad de la Unión se extiende a todos los ciudadanos”. Paralelamente, se comenzó a utilizar la palabra confederación para designar la antigua forma de organización, que hacía referencia a la liga de los estados, según lo dispuesto por los artículos de Confederación de 1778 ⁶.

en los primeros 46 artículos. Un segundo volumen contuvo los restantes artículos hasta el 85. El autor de la idea de la obra fue Alexander Hamilton, que contó con la coautoría de James Madison y John Jay y la utilización del pseudónimo “Publius”, en homenaje a Publius Valerius Publicola, uno de los fundadores de la república romana. Los artículos fueron destinados a defender la obra constituyente de los ataques de los “antifederalistas”, que tenían precisamente en el gobernador del estado de Nueva York, George Clinton, a uno de sus principales líderes, que quería impedir la ratificación de la nueva Constitución (conf. JAY, Hamilton - ROSSITER, Clinton [ed.], *The Federalist Papers*, A. Signet Classic, USA, 2003, y la “Introducción” de Charles Kesler, que explica la obra en el marco del debate entre los federalistas y antifederalistas). La obra se conoció en castellano como *El federalista*.

⁶ Recuérdate que producida la independencia de los Estados Unidos el 4/7/1776, las 13 ex colonias del Imperio Británico debieron librar la guerra de la Independencia y tratar de organizarse políticamente, lo que dio origen a los artículos de Confederación de 1778. Como en dicha forma estatal cada uno de los estados conservaba su soberanía, se dificultaba el gobierno de la Unión, lo que dio origen posteriormente al Estado federal, que se creó en 1787. Pero este proceso no estuvo exento de una fuerte lucha entre dos sectores: los “federalistas”, que querían fortalecer al gobierno central o federal, y los “antifederalistas”, que pretendían mantener la soberanía de los estados. Más allá de la sanción constitucional de 1787 que estableciera un equilibrio entre los estados —esencialmente con la representación igualitaria de ellos en el Senado—, los debates y enfrentamientos continuaron, no sólo en el proceso posterior para lograr la ratificación por los estados de la Constitución de 1787, sino, luego, hasta la Guerra Civil, ya que los estados esclavistas del sur produjeron la “secesión”, luego del triunfo del gran presidente Abraham Lincoln. Dichos estados sudistas esgrimieron la teoría de la soberanía de los estados —que había defendido el senador John Calhoun, entre otros—, para justificar la secesión y conservar su forma de producción económica basada en la explotación del algodón por medio de los esclavos, que se contrapuso a los estados del norte, con mayor producción industrial, que no aceptaban aquel sistema. Véase BIANCHI, Alberto, “Fragmentos poco conocidos de la formación constitucional de los Estados Unidos”, *La Ley*, Suplemento de Derecho Internacional, 2007, Buenos Aires, p. 65 y ss., donde el autor explica en el punto II sobre “El debate por la ratificación de la Constitución” la posición de los “federalistas” —tanto los más como los menos conocidos—, que defendían la ratificación del texto supremo, y los “antifederalistas”, que se oponían a ello porque temían que un gobierno federal ahogase las libertades personales y las autonomías de los estados y por ello que-

Dice Groppi que esta palabra tuvo en el lenguaje político y jurídico tanto un enorme éxito como una cierta *ambigüedad*. Por una parte, indica que el ejemplo estadounidense se extendió en el siglo XIX por Europa (imperios germánicos y austro-húngaro y confederación helvética), América (Canadá, México, Venezuela, Brasil y Argentina) y Australia, y en el siglo XX, desde Nigeria a Malasia, de India a Bélgica y de Sudáfrica a la Unión Europea, alcanzándose —en opinión de Elazar en 1987— al 40% de la población mundial y a 58 países regidos por este tipo de principios y acuerdos federales. Por otra, expresa que el término tiene diversos significados, como lo ejemplifica el caso norteamericano, más vinculado a la unión y a la contraposición con el concepto de confederación, mientras que en Francia hacía referencia a la autonomía y al autogobierno local por oposición al Estado unitario. Finalmente sostiene que actualmente las instituciones federales en el derecho comparado son múltiples y diferenciadas ⁷.

Por estas razones es que debemos utilizar al término “federalismo” con el cuidado necesario. Y por ello es correcto referirnos a los *federalismos*, ya que es muy difícil definir un modelo general, pues *cada federalismo tiene particularidades distintivas (históricas, geográficas, culturales, económicas, jurídicas y políticas)* que nos obligan a precisarlo: *federalismo argentino, o norteamericano, o suizo, o canadiense, etc.* Seguidamente nos referiremos en los puntos sucesivos a otros importantes aspectos de la teoría del federalismo.

2. Federalismo como forma de Estado

Con el avance de los estudios publicísticos, se distinguió entre las formas de gobierno y las de Estado, asignándose a las primeras la clasificación de la organización del poder como uno de los elementos del Estado (republicano-monárquico; presidencialista-parlamentario; democrático-autocrático; etc.), y a las segundas, la clasificación de los Estados sobre la base de la relación entre todos sus elementos: territorio, población y poder.

Por lo tanto, como el federalismo surgió como una división del poder en relación con el territorio, ha sido considerado más recientemente como forma de Estado ⁸. Y en particular, como especialmente contrapuesto a la forma unitaria, como lo señaló Karl Loewenstein: “En oposición al Estado unitario ‘monolítico’, el Estado federal presenta un sistema de pluralismo territorial. Las di-

⁷ Conf. GROPPi, Tania, *Il federalismo*, cit., ps. 7/9, “Federalismo: successo e ambiguità di una parola”. Adelantamos que el profesor Daniel J. Elazar (1934-1999), citado por la autora, fue uno de los más renombrados cultores del federalismo, que dirigiera el Centro de Estudios de Federalismo de la Temple University de Filadelfia y uno de los fundadores de la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales, que es la más prestigiosa institución para el estudio del federalismo comparado.

⁸ Esto explica por qué en nuestro art. 1º de la Constitución histórica de 1853, o en las *Bases* de Alberdi, el federalismo es mencionado como una forma de gobierno.

ferentes actividades estatales están distribuidas entre el Estado central y el Estado Miembro” ⁹.

En esa obra fundamental, Loewenstein analizó la división entre los controles horizontales y los verticales del poder, incluyendo entre éstos al federalismo, por “el enfrentamiento entre dos soberanías diferentes estatales separadas territorialmente y que se equilibran mutuamente. La existencia de fronteras federales limita el poder del Estado central sobre el Estado Miembro, y a la inversa” ¹⁰.

Este criterio también es observado en la renombrada obra sobre derecho constitucional comparado de Dorsen, Rosenfeld, Sajó y Baer, cuyo cap. 4 se titula precisamente “Federalismo y separación vertical de los poderes”, y donde se estudian las varias formas del federalismo y de la descentralización en Estados no federales ¹¹.

Asimismo, Giuseppe de Vergottini, distinguido catedrático de derecho constitucional comparado de la Universidad de Bolonia, expresa que “el modelo del Estado federal mencionado anteriormente presupone su inclusión en el marco más amplio de la forma de Estado de derivación liberal” ¹².

⁹ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 357. La edición original de esta obra fue en 1957, con el título *Political power and the governmental process*, University of Chicago Press. Respecto de los dos órdenes estatales y gubernamentales referidos por el autor como comprensivos del federalismo, debemos aclarar que ello fue expresado respecto del federalismo norteamericano, como también ocurría en nuestro país, sobre la base del texto originario de la Constitución. Hay federaciones que tienen más de dos órdenes estatales y gubernamentales, como lo disponen las leyes supremas de Brasil de 1988, India de 1991 y Sudáfrica de 1996 con tres (agregando el municipal al federal y estatal o provincial), y de Argentina, de 1994, con cuatro niveles, porque además se reconoció una jerarquía institucional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹⁰ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 353. El autor señalaba entre los controles verticales del poder, además del federalismo, a dos campos más de acciones recíprocas: los derechos individuales y las garantías fundamentales y los grupos pluralistas, o sea, los poderes intermediarios de Montesquieu y Tocqueville. Conf. ps. 353/354.

¹¹ DORSEN, Norman - ROSENFELD, Michel - SAJÓ, Andrés - BAER, Susanne, “Comparative Constitutionalism”, *American Casebook Series*, Thomson-West, 2003, cap. 4, “Federalism and vertical separation of powers”, ps. 350/488. Los autores expresan que pueden distinguirse cinco niveles de gobierno vertical: local (municipal), subnacional-regional (estatal-provincial), nacional (federal), supranacional (Unión Europea) y global (Naciones Unidas, aunque no se puede decir todavía que es un gobierno global) (conf., p. 350). En cuanto a las varias formas federativas, hacen referencia a Estados Unidos, Canadá, Alemania, Suiza e India (conf., ps. 350/386), mientras que consideran como ejemplos de descentralización en Estados no federales a Francia, España e Italia (conf., ps. 386/395).

¹² VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, Universidad. Buenos Aires, 2005, p. 325. El autor agrega que el federalismo también concierne a la forma de gobierno y a la concepción democrática. Y por ello sostiene que los llamados Estados socialistas (URSS, Checoslovaquia y Yugoslavia), por su sistema de partido único y ausencia de pluralismo político, en realidad no lo eran (conf., ps. 325/326).

3. Federalismo, república, Constitución y democracia

Aquí queremos destacar brevemente la interrelación entre estos términos fundamentales para nuestra disciplina.

Desde su origen en la Constitución norteamericana de 1787, el federalismo nació ligado a los conceptos de república y democracia propios de esa primera versión del Estado y constitucionalismo liberales.

Según la concepción de uno de sus padres fundadores, James Madison, expuesta en los notables arts. 10 y 51 de los *Federalist Papers*, la república federal significaba una doble garantía para la libertad y derechos de los ciudadanos, pues por una parte se limitaba el poder por los controles entre los diversos órdenes gubernamentales y se impedía el peligro de las facciones, y por la otra, mediante el federalismo, se ampliaba además la participación popular en las distintas esferas de gobierno: federal y estatales¹³.

Asimismo, debe señalarse que a partir de la experiencia norteamericana, el federalismo ha estado también estrechamente unido al concepto de constitución.

Carl J. Friedrich, distinguido estudioso de la materia y profesor de Harvard, destacó que el ascenso del gobierno constitucional moderno fue acompañado de un creciente número de esquemas federales y que por ello el federalismo debía ser considerado uno de los más importantes aspectos del constitucionalismo¹⁴.

Otro importante autor, Daniel J. Elazar, sostuvo que “la Constitución escrita es un producto del federalismo, ha sido ideada como instrumento político que volviese posible la constitución o reconstitución de una sociedad sobre base federal a través de procesos regularizados de decisión constitucional”¹⁵, y otros autores han puesto de relieve que la rigidez constitucional fue necesaria para asegurar el pacto o contrato entre las partes integrantes de la federación, impidiendo las modificaciones unilaterales¹⁶.

Ya anticipamos que también el federalismo estuvo unido a la concepción de la democracia liberal por los orígenes históricos comunes en los Estados

¹³ Conf. JAY, Hamilton - ROSSITER, Clinton (ed.), *The Federalist papers*, cit., 10, ps. 71/79, donde está expuesto lo que se ha denominado como “democracia madisoniana”, con reflexiones notables a favor de los distintos controles que operan en la república representativa y federal.

¹⁴ FRIEDRICH, Carl, *Constitutional Government and Democracy*, Boston, 1950, p. 189: “The rise of modern constitutional government has been accompanied by the establishment of an increasing number of federal schemes. The parallel is so striking that federalism must be considered one of the most important aspects of constitutionalism”.

¹⁵ Conf. ELAZAR, Daniel, *Idee e forme del federalismo*, Mondadori, Milano, 1995, p. 125, citado por GROPPi, Tania, *La reforma constitucional en los estados federales*, Fundap, México, 2003, nota 6, ps. 27/28.

¹⁶ Véanse las opiniones de GROPPi, Tania, *La reforma constitucional...*, cit., ps. 27/29, que además menciona a WHEARE, K. C., *Modern Constitutions*, London-New York-Toronto, 1966, p. 22; LA PÉRGOLA, Antonio, *Residui “contrattualistici” e struttura federale nell’ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, 1969, 192; DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1959, p. 146, etc.

Unidos, pero ello se mantuvo posteriormente, en el tránsito hacia la democracia participativa y social contemporánea. Sin poder detenernos en este tema, por razones de brevedad, sólo resaltamos que el federalismo ha resultado un sistema muy eficaz para las sociedades multiculturales, como lo indican los ejemplos paradigmáticos de la India y Suiza¹⁷, entre otros ejemplos importantes¹⁸ y para sociedades pluralistas en general¹⁹.

También consideramos que entre federalismo y democracia existe otra relación, ya que ésta es un presupuesto para aquella forma de Estado. En efecto, no puede existir una federación en un Estado que no sea democrático, ya que es de la esencia de los sistemas totalitarios o autocráticos la concentración del poder. Debe tenerse presente que el federalismo como descentralización política del poder tiene como una de sus características esenciales, como veremos, la autonomía de los estados miembros, que en modo alguno puede conciliarse con el totalitarismo y la autocracia²⁰.

¹⁷ Véase DORSEN, Norman - ROSENFELD, Michel - SAJÓ, András - BAER, Susanne, “Comparative Constitutionalism”, cit., que al referirse a las varias formas federativas destacan a la India como ejemplo de multiétnico federalismo en el punto A.4, “India: Multiethnic Federalism”, ps. 372/375. Nosotros también mencionamos —entre otros— los casos de Suiza, por los distintos orígenes étnicos, históricos y culturales de los cantones y la existencia de cuanto lenguas oficiales, y de Bélgica, con las comunidades de flamencos y valones. Ésta es una de las dimensiones más importantes, actuales e interesantes del federalismo, como forma de solución de los problemas presentados por las diversidades étnicas y culturales. En tal sentido, en la reciente Cuarta Conferencia Internacional sobre Federalismo, realizada en Nueva Delhi, India, entre los días 5 y 7 de noviembre de 2007 —en la que participamos—, el primero de los cuatro temas analizados fue: “Building on and accommodating diversities” (cuya traducción sería “Construyendo sobre las diversidades y su integración”). Asimismo, el propio título de la conferencia fue “Unity in Diversity - Learning from each other” (que puede traducirse como “Unidad en la diversidad - Aprendiendo de los otros”). Véase el libro *4th. International Conference on Federalism - Unity in Diversity - Learning from each other, 5-7 november 2007, New Delhi, India, Conference Reader*, publicado por los organizadores, como una base para los debates. Allí, inicialmente, se hace referencia a las diversidades religiosas y culturas de la India, la más grande democracia del mundo, con veintidós lenguas oficiales y 1.500 dialectos menores en sus aproximadamente 1.100 millones de habitantes.

¹⁸ Más recientemente puede observarse el ejemplo del federalismo belga y el iraquí, ya que su novísima Constitución estableció un sistema federal, para tratar de superar los problemas entre sunitas y chiítas.

¹⁹ “Las constituciones del Estado federal democrático-pluralista, a diferencia de las liberales del siglo XVIII —dice Groppi— son no solamente el lugar de la distribución del poder político entre el Estado central y estados miembros, sino también un medio de integración de los grupos sociales, a través de la consagración de valores compartidos, relativos no a los estados, sino a los individuos o bien a las comunidades” (conf. GROPPi, Tania, *La reforma constitucional...*, cit., p. 31, citando en la nota 17 las opiniones coincidentes de Smeend y Zagrebelsky).

²⁰ Por ello, fue solamente nominal el federalismo de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Checoslovaquia y Yugoslavia, debido a la existencia de partidos únicos, como sostiene de Vergottini, Giuseppe que considera a los ordenamientos federales como formas derivadas del liberalismo y del constitucionalismo. Véase su *Diritto Costituzionale Comparato*, 7ª, ed., vol. I, Cedam, Padova, 2007, p. 387. Por nuestra parte, agregamos las experiencias históricas de la Alemania nazi, del franquismo en España y de los Estados latinoamericanos federales bajo sus respectivas dictaduras militares, como ocurriera en Brasil y en nuestro país. Ya habíamos analizado anteriormente la imposibilidad de la vigencia de la autonomía municipal en los sistemas autocrá-

Hemos oportunamente afirmado, por nuestra parte, que hay una convergencia de objetivos entre el sistema republicano como forma de gobierno y el federalismo como forma de Estado: asegurar la libertad y los derechos de los hombres y limitar el poder ²¹.

4. Federalismo: unión y diversidad

El federalismo es una forma de Estado compleja que comporta la coexistencia de diversos órdenes gubernamentales en un mismo territorio y que además tiene entre sus objetivos asegurar la unión de lo diverso, lo que importa el doble propósito de respetar ambos elementos ²².

Ya anteriormente advertimos que el origen etimológico de la palabra hacía referencia a un pacto, que es de unión de diversas entidades y que ello producía la federación. Y más adelante veremos que la federación se distingue de la confederación, entre otros aspectos, porque tiene mayor estabilidad a consecuencia de una unión más fuerte, que rechaza la posibilidad de la secesión. Y el ejemplo paradigmático ha sido en este sentido el federalismo norteamericano ²³.

ticos o totalitarios en HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal*, Depalma, Buenos Aires, en sus dos ediciones de 1984 y 1997, cap. VIII. Por su parte, Carl J. Friedrich sostuvo que "La descentralización es parte de las instituciones libres" (FRIEDRICH, Carl, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, p. 214), e igual línea de pensamiento tuvieron Tocqueville y Burdeau en el derecho comparado. Nuestro José Manuel Estrada también destacó la relación estrecha entre federalismo y república (conf. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Alfa, Buenos Aires, 1956, p. 211).

²¹ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., "Republic of Argentina", en LE ROY, Katy - SAUNDERS, Cheryl (eds.), *A global dialogue on Federalism*, vol. 3, "Legislative, Executive and Judicial Governance in Federal Countries", Forum of Federations and International Association of Centers for Federal Studies - McGill-Queen's University Press, Montreal-Kingston-London-Ithaca, 2006, ps. 7 y ss. (...) También allí reflexionamos sobre la cuestión con relación a nuestro país, poniendo de relieve el inadecuado funcionamiento del sistema constitucional y, por lo tanto, de las instituciones republicanas y federales. El problema central a nuestro juicio es la falta de división y equilibrio de los poderes tanto en el orden federal como en el provincial. En consecuencia, son el presidente y los gobernadores quienes realmente ejercen el poder político. Pero a ello se agrega el predominio del presidente y del gobierno nacional sobre los gobernadores y las provincias, que produce una centralización del poder, alejada de los principios constitucionales (p. 31).

²² Distintos autores han señalado estos aspectos, aunque algunos mencionan a la "unidad" y a la "diversidad" entre los objetivos y fines del federalismo, como v.gr., Daniel Elazar (conf. ELAZAR, Daniel, *Idea e forme del federalismo*, cit., p. 52), donde expresa que una de las características del federalismo es generar y preservar simultáneamente la unidad y la diversidad. También ha dicho la Suprema Corte de Justicia del Canadá al referirse al federalismo como: "...the political mechanism by which diversity could be reconciled with unity" ["el mecanismo político en virtud del cual la diversidad puede ser reconciliada con la unidad"] (en "Secession of Quebec", 1998, punto 43). Nosotros preferimos el término "unión", porque a diferencia de "unidad", indica mejor la voluntad de mantener la identidad de las partes componentes. Por otra parte, también lo han establecido así tanto las constituciones de los Estados Unidos como la nuestra en los respectivos Preámbulos, al decir "We the people of the United States, in order to establish a more perfect union" y "con el objeto de constituir la unión nacional".

²³ Recuérdese el tránsito de los artículos de Confederación de 1778 a la Constitución fede-

Por otra parte, cualquiera sea el origen del federalismo o de otras formas federativas (integrativas o devolutivas, como más adelante veremos), siempre es una característica esencial el respeto a las autonomías y a las diversidades de las entidades componentes. Y aquí el ejemplo más notable sigue siendo la federación suiza ²⁴.

Ya veremos, al analizar el proceso de federalización (*federalizing process*), que la pugna permanente entre las fuerzas centrípetas y centrífugas del Estado son mucho más explícitas en una forma de Estado federal. Y ello explica por qué se pueden distinguir formas federativas más o menos centralizadas o descentralizadas, según el predominio de las respectivas fuerzas del centro o la periferia ²⁵.

5. Soberanía y autonomía en los estados federales

En este acápite, de singular complejidad, consideramos pertinente en primer lugar referirnos a los conceptos mencionados.

ral de 1787, los debates en la Convención, los *Federalist Papers* y el desarrollo posterior del gobierno y la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, que consolidaron la unión y el gobierno federal defendidos por los "federalistas" frente a los "antifederalistas", que pusieron el énfasis en la soberanía de los Estados e incluso en el derecho de secesión, con una visión confederal. De todas maneras, esto no puede ser interpretado como una negación de la diversidad y de los derechos correspondientes a los estados componentes de la Federación. Véase TARR, G. Alan, "United States of America", en KINCAID, John - TARR, G. Alan (eds.), *A Global Dialogue on Federalism*, vol. 1, "Constitutional origins, structure, and change in Federal Countries", Forum of Federations and International Association of Center for Federal Studies, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston, 2005, ps. 382/408; KATZ, Ellis, "United States of America" en MAJEED, Akhtar - WATTS, Ronald L. - BROWN, Douglas M. (eds.), *A global dialogue on federalism*, vol. 2, "Distribution on Powers and Responsibilities in Federal Countries", Forum of Federations and International Association of Center for Federal Studies - McGill-Queen's University Press, Montreal-Kingston-London-Ithaca, 2005, ps. 296/321; y DINAN, John, "United States of America", en LE ROY, Katy - SAUNDERS, Cheryl (eds.), *A global dialogue on Federalism*, vol. 3, "Legislative, Executive and Judicial Governance in Federal Countries", cit., 2006, ps. 317/343.

²⁴ Recuérdese que la mayor historia y tradición confederal y federal es la de Suiza, con antecedentes de más de setecientos años, y donde se destaca la soberanía y autonomía que tuvieron y tienen los cantones. Véase FLEINER, Thomas, "Swiss Confederation", en MAJEED, Akhtar - WATTS, Ronald L. - BROWN, Douglas M. (eds.), *A global dialogue on federalism*, vol. 2, "Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries", cit., 2005, ps. 266/294, y LINDER, Wolf - STEFFEN, Isabelle, "Swiss Confederation", en LE ROY, Katy - SAUNDERS, Cheryl (eds.), *A global dialogue on Federalism*, vol. 3, "Legislative, Executive and Judicial Governance in Federal Countries", cit., 2006, ps. 290/315.

²⁵ Es complejo el análisis sobre los federalismos, que son muy diversos y que varían a lo largo del tiempo, por la lucha permanente entre el gobierno central y las entidades componentes. Además, aunque los federalismos teóricamente puedan ser más descentralizados que otras formas federativas como las regionales, efectuando un análisis comparativo de las competencias, especialmente desde un enfoque realista y sociológico, se puede comprobar que hay entidades subnacionales de países regionales, como v.gr., las Comunidades Autónomas de España, que pueden alcanzar mayor "autonomía" que los estados o provincias de federaciones centralizadas como las latinoamericanas en general. Véase ARGULLOL MURGADAS, Enric (dir.), *Federalismo y autonomía*, Ariel, Barcelona, 2004, donde fuimos autores del capítulo de Argentina.

Soberanía es una cualidad del poder sobre la que Jellinek expresó: “La evolución histórica de la soberanía nos demuestra que ésta significó la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier poder. Poder soberano de un Estado es, por lo tanto, aquel que no reconoce ningún otro poder superior a sí; es, por consiguiente, el poder supremo e independiente”²⁶.

Por su parte, autonomía es una voz que proviene del griego y significa la posibilidad de darse la propia ley. El profesor Dana Montaña definió a la autonomía como “una cualidad específica de la corporación, que la distingue de otras corporaciones: su capacidad de gobierno propia y, con más precisión, su facultad de organizarse, en las condiciones de la ley fundamental, de darse sus instituciones y de gobernarse por ellas con prescindencia de todo otro poder”²⁷.

Esclarecidos estos conceptos, indicamos que históricamente ha existido un profundo debate doctrinario y en los países federales sobre el asiento de la soberanía y la naturaleza de las entidades que conforman dichos Estados.

En otras palabras, la cuestión es responder a los interrogantes sobre dónde reside la soberanía en los Estados federales y cuál es el carácter de los estados, provincias, *länder* o cantones.

Sólo en referencia a los Estados federales —y sin adentrarnos todavía en la distinción entre federación y confederación, que veremos más adelante—, observamos que se han esgrimido estas cuatro posiciones²⁸:

a) La soberanía reside en el Estado federal

Ésta es la posición de Le Fur, defendida por Story y Webster en los Estados Unidos y, en general, por los autores europeos como Jellinek, Laband, Lucatello, Mortati, Ortino y de Vergottini, además de Legón y Linares Quintana en nuestro país²⁹, que sostienen una única soberanía y que los estados particulares no son soberanos, sino autónomos.

²⁶ JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1978, cap. XIV, ps. 327 y ss. Igualmente, Hans Kelsen sostuvo que “El Estado es un orden supremo, que no tiene sobre sí ningún orden superior. puesto que la validez del orden jurídico estatal no deriva de ninguna norma supraestatal” (citado por ALBI, Fernando, *Derecho municipal comparado del mundo hispánico*, p. 72). Aceptamos estos conceptos de la doctrina clásica, sin detenernos en los análisis más recientes que han referido la declinación de la soberanía en razón de los procesos de globalización y de integración supranacional (véase, en tal sentido, CARAVITA, Beniamino, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale [Lineamientos de derecho constitucional federal y regional]*, Universidad La Sapienza de Roma, Giappichelli, Torino, 2006, ps. 24 y ss.).

²⁷ DANA MONTAÑA, Salvador, *Teoría general del Estado*, p. 201. Para un análisis más completo de este concepto, véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal*, cit., 1997, ps. 372 y ss. Allí sostenemos que tanto la autonomía como la autarquía integran la descentralización, pero en la primera prevalece lo político, la idea de gobierno, mientras que en la segunda la idea central es lo administrativo (conf. cit., p. 372, con la opinión coincidente de Villegas Basavilbaso, Bielsa y Linares Quintana).

²⁸ Según la clasificación de Faustino Legón, compartida por LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit., t. 6, ps. 226 y ss.

²⁹ Véase LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit., t. 6, ps. 226/227, y GROPPI, Tania, *La reforma constitucional...*, cit., ps. 54/55, especialmente nota 39.

De Vergottini fundamenta la soberanía federal en los siguientes argumentos: 1. Los condicionamientos realizados por la Constitución federal a las constituciones de los estados miembros. 2. El predominio del derecho federal sobre el de los estados. 3. La competencia federal en materia de revisión constitucional. 4. El reparto de competencias entre el Estado federal y los estados miembros en la Constitución federal. 5. La garantía constitucional del respeto de las esferas de competencia por obra de un órgano federal. 6. La vigilancia federal sobre la observancia de las obligaciones de los estados. 7. La posibilidad de adoptar medidas coercitivas por parte de los órganos federales para garantizar el respeto de las obligaciones. 8. La intervención federal con fines de garantía en contra de los peligros para los ordenamientos de los estados miembros además del Estado federal³⁰.

b) La soberanía reside en el poder constituyente

Es la opinión de Gierke y Haenel, que estiman que la soberanía es única en el Estado federal y que se asienta en el poder constituyente de dicho nivel³¹.

c) La soberanía reside en los estados miembros

Ésta fue la posición de los “antifederalistas” en la historia del federalismo norteamericano —uno de cuyos máximo exponentes fuera John Calhoun—, que partieron del pensamiento de Thomas Jefferson y que pusieron el énfasis en la soberanía de los estados frente a un gobierno federal que fue creado por ellos, con facultades limitadas y al que veían como una amenaza para las libertades personales. Ésta fue una de las causas que dieran como resultado la Guerra Civil, en la que los estados del Sur esgrimieron la posibilidad de su secesión, en defensa de su modo de producción basado en la esclavitud³².

d) La soberanía está dividida y compartida entre los diversos órdenes gubernamentales de la federación

La primera formulación de esta teoría correspondió a James Madison en el libro *El federalista*, en los Escritos 39 a 51, donde el notable jurista y constituyente analizara aspectos fundamentales del federalismo norteamericano y la distribución de competencias entre el gobierno federal y los estados³³.

Esta posición dio origen al llamado “*dual federalism*” (federalismo dual), basado en la Décima Enmienda de la Constitución, que dice: “Los poderes no

³⁰ Véase el desarrollo de cada uno de estos argumentos en VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, cit., ps. 333/338.

³¹ Véase LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit., t. 6, p. 227.

³² Véase HETCHEM, Ralph (ed.), *The anti-federalist papers & the Constitutional Convention debates*, colección “Writings from the American Body Politic”.

³³ Véase MADISON, James (ed.), *The Federalist papers*, cit., ps. 236/322.

De igual manera, la jurisprudencia inicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación indicó que “Las provincias conservan su soberanía, en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, como lo reconoce el art. 104, Carta Fundamental”⁴³.

Sin poder detenernos en tan interesante tema, que merece un análisis de la evolución posterior tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, consideramos que estos conceptos sobre aspectos teóricos del federalismo con relación a este acápite, mantienen su plena vigencia.

6. Los procesos de federalización

En la teoría del federalismo han existido dos enfoques, tanto en general, como sobre los procesos de federalización en particular: uno estático y otro dinámico⁴⁴.

El primero puso el énfasis en el análisis de los aspectos estructurales de los estados federales, en los problemas de la soberanía entre el gobierno federal y los estados miembros, y en la forma de creación por “agregación”, o sea, mediante la unión de los estados miembros que originan al Estado federal, como en los casos de Estados Unidos, Suiza, Argentina, México, etc.

El otro enfoque, más reciente y de mayor vigencia en los estudios actuales, prescinde de los debates sobre la soberanía y considera a la federalización como un proceso de nacimiento de un Estado descentralizado, con algunas características institucionales precisas, y cuya naturaleza es independiente de su forma de creación.

En este aspecto, dicha creación puede ser el resultado de fuerzas centrípetas —como la “agregación”— o centrífugas, como la “devolución”, en que el Estado precedentemente unitario se descentraliza, con diversos ejemplos como los nuevos estados regionales o fédero-regionales, a los cuales más adelante nos referiremos.

Ya veremos también al considerar la enumeración de los Estados federales, que éste es el criterio que se utiliza por la doctrina actual, donde también se comprende a nuevas formas federativas.

res, Buenos Aires, 1941, p. 17. También defendió la idea de la soberanía provincial CANO, Guillermo J. (h), *Soberanía de los Estados (provincias) miembros de una Federación*, Mendoza, 1936 (conf. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit., t. 6, p. 227, nota 4908).

⁴³ Véase BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino...*, cit., t. 1, p. 125, que menciona los Fallos 1:170; 7:373 y 15:47. El primero de dichos fallos fue del 19/5/1864, en los autos “Blanco, Julio E. v. Nazar, Laureano”, con la firma de los ministros De las Carreras, del Carril, Barros Pazos y Delgado, y se refiere a las autoridades provinciales como soberanas, según se puede observar en Fallos o en LL *on line*. Puede consultarse además en la página *web* de LexisNexis el fallo del 3/5/1865, en “Mendoza Hermanos v. Provincia de San Luis”, de los ministros De las Carreras, del Carril, Barros Pazos y Delgado, donde en el consid. 5° se expresa que no se afecta la soberanía de las provincias por el hecho de tener que comparecer ante un tribunal de justicia. También en el conocido caso “Plaza de Toros”, 7:373, del 31/7/1869, la Corte Suprema sostuvo que las provincias “conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, como lo reconoce el art. 104 [hoy 121]”.

⁴⁴ Véase GROPPPI, Tania, *El federalismo*, cit., ps. 66/68 y 79/81.

Asimismo, aquí es pertinente recordar la afirmación de Carl Friedrich de que el federalismo es más un proceso dinámico que un estereotipo o modelo estático, ya que el juego de fuerzas centrífugas y centrípetas dentro del Estado puede hacer variar sus características a lo largo del tiempo, en cuanto a su centralización o descentralización, porque es una realidad política en permanente evolución⁴⁵.

7. Conceptos y características esenciales de los Estados federales

Alexander Hamilton definió al federalismo como “una asociación de uno o más estados en un único Estado, en el cual la autoridad de la Unión se extiende a todos los ciudadanos”.

Karl Loewenstein sostuvo que “en oposición al Estado unitario monolítico, el Estado federal presenta un sistema de pluralismo territorial. Las diferentes actividades estatales están distribuidas entre el Estado central y el estado miembro”⁴⁶. Y señaló como sus características esenciales: a) El Estado central o “federación” tiene una propia soberanía estrictamente separada de la soberanía de los estados miembros. b) El Estado central ejerce un dominio directo sobre los ciudadanos de todo el territorio nacional. c) La distribución de competencias entre los diversos órdenes es la clave de la estructura federal. d) Los fundamentos esenciales de las relaciones federales están fijados en un documento constitucional formal⁴⁷.

Daniel J. Elazar expresó que “(f)ederalismo es esencialmente un sistema de propio gobierno y de gobierno compartido establecido voluntariamente”⁴⁸.

⁴⁵ Véase FRIEDRICH, Carl, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, The Mall Pall Press, London, 1968, p. 7, y lo antes manifestado a este respecto en el punto 4) sobre federalismo: Unión y diversidad. A partir de este autor se impusieron los análisis de tipo dinámico en la teoría del federalismo, que hoy se manifiestan especialmente a través del *Forum of Federations* y de la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales, que son las instituciones que lideran los estudios de derecho comparado en materia federal. En este sentido, no podemos dejar de mencionar una de sus obras conjuntas, que es *El diálogo global sobre federalismo (A Global Dialogue on Federalism)*, que será una de las más útiles y completas en la materia y en la cual tuvimos la distinción de redactar el capítulo de Argentina en el vol. 3, “Legislative, Executive and Judicial Governance in Federal Countries”, editado por Katy Le Roy y Cheryl Saunders, 2006, como así también el capítulo respectivo en el Booklet Series sobre el tema, que le precedió. En estas citas sobre estudios de federalismo comparado, también debemos mencionar a: ELAZAR, Daniel, *Exploring federalism*, University of Alabama Press, Tuscaloosa, Alabama, 1987; “Federal systems of the world: a Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements”, entre otros artículos referenciados como Daniel Elazar Papers Index en el Jerusalem Center for Public Affairs (www.jcpa.org); WATTS, Ronald L., *Comparing Federal Systems*, 2ª ed., McGill-Queen’s University Press, Montreal-Kingston, 1999, y *The spending power in federal systems: A comparative study*, Institute of Intergovernmental Relations, Queen’s University, Kingston, 1999.

⁴⁶ Conf. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, cit., cap. X, p. 357.

⁴⁷ Conf. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, cit., cap. X, ps. 355/356.

⁴⁸ Conf. ELAZAR, Daniel, *Exploring federalism*, cit., p. 5. Su concepto es: “Federalism is essentially a system of voluntary self—rule and shared rule—”.

16

franjamorado

¡Llegaron los GIGAS que tu celu pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar

John Kincaid, profesor norteamericano y experto en la materia, que presidiera la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales, indica que es “una estructura y proceso de gobernabilidad que establece unidad sobre la base del consenso, mientras preserva la diversidad a través de comunidades políticas separadas, pero unidas constitucionalmente en una limitada pero inclusiva organización institucional”⁴⁹.

Ronald L. Watts, profesor emérito de la Queen’s University de Canadá y uno de los más destacados investigadores actuales, precisa que “La característica esencial de las federaciones es que ellas están compuestas por dos (o más) órdenes de gobierno que operan dentro de un marco constitucional, con un orden de gobierno compartido a través de instituciones comunes para ciertos propósitos específicos y con el otro orden (u órdenes) de propio gobierno regional o local de las unidades constituyentes para ciertos propósitos específicos”⁵⁰.

Segundo V. Linares Quintana dice que “en el Estado federal —caso de descentralización política—, las atribuciones políticas esenciales están distribuidas o repartidas en dos órdenes gubernativos diferentes: el gobierno central y los gobiernos locales, que coexisten armónica y coordinadamente dentro del mismo territorio; o sea que las tendencias centrípeta y centrífuga se mantienen en un equilibrio más o menos perfecto”⁵¹.

Respecto de las *características esenciales* de los Estados federales, los autores⁵² señalan las siguientes:

— La división del poder en el territorio en dos o más órdenes de gobierno que actúan directamente sobre sus ciudadanos.

⁴⁹ Conf. KINCAID, John, “Introduction”, cit., p. 7. Su concepto es: “Federalism, then, can be said to be both a structure and a process of governance that establishes unity on the basis of consent while preserving diversity by constitutionally uniting separate political communities into a limited, but encompassing, polity”.

⁵⁰ Conf. WATTS, Ronald L., “Comparative Conclusions”, en MAJEED, Akhtar - WATTS, Ronald L. - BROWN, Douglas M. (eds.), *A global dialogue on federalism*, vol. 2, “Distribution of Powers and responsibilities in Federal Countries”, cit., p. 322. Su concepto es: “The essential characteristic of federations is that they are composed of two (or more) orders of government operating within a constitutional framework, with one order providing shared rule through common institutions for certain specified purposes and with the other (or orders) providing regional or local self-rule though the governments of the constituent units for certain specified purposes”.

⁵¹ Conf. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit., t. 6, p. 180. Expresa el distinguido constitucionalista argentino que fue el profesor inglés James Bryce, notable comentarista de la Constitución norteamericana, quien señaló en 1901 la existencia de estas fuerzas centrípetas y centrífugas en el Estado (véase nota 4855, p. 181).

⁵² Conf. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, cit.; BLINDENBACHER, Raoul - WATTS, Ronald L., “Federalism in a changing world. A conceptual framework for the Conference”, in *Federalism in a changing world*, McGill-Queen’s University Press, Montreal-Kingston-London-Ithaca, 2003, p. 10; FERNÁNDEZ SEGADO, “El federalismo en América Latina”, cit., p. 4 (el autor también agrega la intervención federal como técnica destinada a mantener la integridad territorial, política y constitucional del Estado); GROPP, Tania, *El federalismo*, cit., p. 139 (la autora menciona además la posibilidad de celebrar acuerdos internacionales por parte de los estados miembros); VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, cit., ps. 331/344, donde el distinguido jurista de Bolonia analiza las características de los Estados federales, etc.

— La existencia de una Constitución en la cual participan en su reforma los entes territoriales constitutivos de la federación.

— El reconocimiento de una genuina autonomía a los distintos órdenes de gobierno de la federación, asegurada mediante la distribución constitucional de las respectivas competencias en materia legislativa, ejecutiva, financiera, etc.

— La participación de los estados miembros en los órganos de gobierno de la federación, a través de una segunda cámara, que usualmente es el Senado⁵³.

— La existencia de un órgano, normalmente judicial, para dirimir los conflictos entre los integrantes de la federación y asegurar la supremacía de la Constitución.

— La existencia de procesos e instituciones que facilitan la colaboración intergubernamental.

Asimismo, debemos agregar, con Watts, que para un adecuado funcionamiento de un régimen federal son necesarios los valores vinculados al reconocimiento explícito de identidades y lealtades múltiples y a un sentido generalizado de la existencia de objetivos y propósitos compartidos.

8. Clasificaciones de los sistemas políticos federales⁵⁴

a) Integrativos y devolutivos

Como ya lo hemos visto anteriormente, los federalismos “integrativos”, son el resultado de la agregación de estados previamente independientes que dan origen al nuevo Estado, delegándole competencias, como en el caso de los Estados Unidos, Argentina y México. En cambio, los “devolutivos” son la consecuencia de la descentralización del poder operada en estados previamente unitarios. Éste es el caso de los Estados regionales o fédero-regionales que incluimos en las formas federativas, como Italia, España, Francia e incluso Inglaterra, con el proceso de “devolution” a Escocia, Gales e Irlanda del Norte. Pero también se podrían incluir aquí, bajo nuestro punto de vista, a federaciones tan sólidas como las de Canadá y Australia, que dependían de la Corona británica.

⁵³ Aunque existen algunas federaciones que no tienen Senado o legislatura bicameral, como Venezuela, St. Kitts y Nevis, Comoros, Micronesia y Emiratos Árabes Unidos.

⁵⁴ Utilizamos la denominación “sistemas federales” para comprender no sólo a los Estados federales, de acuerdo con los conceptos analizados, sino también a los regionales, o fédero-regionales o cuasi federales y confederales, según lo indican el Forum of Federations, Ronald Watts y Daniel Elazar. Aunque este último pensaba que casi el 80% de los países utiliza principios y arreglos federales, vinculados a la descentralización del poder y a cierto grado de autonomía de entidades locales (conf. ELAZAR, Daniel, “Federal systems of the world: A Handbook”, cit.). Asimismo, indicamos que nos referiremos a las clasificaciones que pensamos más útiles, importantes y generales, ya que puede haber otras más, en virtud de las diferencias que se observan entre los distintos países con sistemas federales, v.gr., en materia de desarrollo económico, cultura política, sistemas legales, federalismo fiscal, etc.

b) Simétricos y asimétricos

Señala Watts que hay dos tipos de asimetrías: las políticas, referidas al distinto peso de las entidades federadas o regionales en términos políticos, económicos, poblacionales, culturales, de recursos naturales, etc., y las constitucionales, que se relacionan con el diverso *status* que las leyes supremas reconocen a los miembros de los Estados federales. En consecuencia, si consideramos el primer tipo de asimetría, no es fácil encontrar un Estado federal que sea plenamente simétrico, ya que siempre existen diferencias entre los componentes del Estado, incluso en los países más avanzados, v.gr., California, New York o Texas, por una parte, frente a Mississippi o Alabama, por la otra, en los Estados Unidos, o entre los *Länder* de la ex República Federal de Alemania frente a los de la ex República Democrática, lo que no obsta a que sean considerados moderadamente simétricos. En cambio, v.gr., en nuestro país o en México es perceptible que existen amplias asimetrías políticas entre las provincias de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias de Chaco o Santiago del Estero, y entre los estados de Monterrey y el Distrito Federal con los estados de Chiapas o Oaxaca.

Bajo el punto de vista constitucional, nuestra federación era simétrica hasta la reforma constitucional de 1994, ya que no existía diferencia entre las provincias, pero con el reconocimiento del *status* especial a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que también es miembro de la federación, el sistema presenta ahora dicha asimetría.

También se observan asimetrías en federaciones como la rusa o la suiza, con sus cantones, y medio cantones, y en sistemas regionales o fédero-regionales, como en Italia y en España, por las diferencias constitucionales entre las regiones y las Comunidades Autónomas⁵⁵.

c) Duales y de coordinación

Ya en el punto 5 d) nos referimos al federalismo “dual” norteamericano, cuyo modelo influenciara otros países como los latinoamericanos.

En cuanto al federalismo de “coordinación”⁵⁶, además de experiencias concretas interjurisdiccionales como las del valle del río Tennessee operadas en dicho país, fue en el plano doctrinario —dice Francisco Fernández Segado⁵⁷— que en 1938 Jane Perry Clark planteó la necesidad de superar la rivalidad entre los órdenes gubernamentales para transitar el camino de la cooperación⁵⁸. Y

⁵⁵ Para un análisis del federalismo asimétrico, véase PERNTHALER, Peter, “Asymmetric federalism as comprehensive framework of regional autonomy”, en *Handbook of Federal Countries*, Forum of Federations - McGill-Queen's University Press, Montreal-Kingston-London-Itaca, 2002, ps. 472 y ss.

⁵⁶ Que Pedro J. Frías denominara también como de “concertación”.

⁵⁷ Conf. FERNÁNDEZ SEGADO, “El federalismo en América Latina”, cit., p. 24.

⁵⁸ Conf. PERRY CLARK, Jane, *The rise of a New Federation. Federal-State Cooperation in the United States*, Columbia University Press, Nueva York, 1938.

esta línea de pensamiento sería continuada por Morton Grodzins, para afirmar un accionar conjunto y compartido del gobierno federal y los estados⁵⁹.

Posteriormente, el catedrático de la Universidad Complutense de Madrid menciona la adopción del federalismo cooperativo en Alemania y Austria, por leyes de 1969 y 1974, respectivamente⁶⁰, y analiza la cuestión en referencia a Argentina, Brasil, México y Venezuela, indicando que en los tres primeros países se avanza en este sentido⁶¹.

Respecto de nuestro país, sostenemos que el federalismo de cooperación es la tercera fase del federalismo normativo, que comenzó a plasmarse en la década de 1950, con diversos tratados interjurisdiccionales y que encontró su concreción constitucional en la cuarta fase por la reforma de la Ley Suprema federal de 1994 y de las leyes supremas provinciales producidas luego de 1986, que insertaron cláusulas federales en tal sentido.

d) Centralizados o descentralizados

Según el juego de las fuerzas centrípetas o centrífugas, los federalismos pueden ser más o menos centralizados o descentralizados. Y esto debe analizarse primero desde un punto de vista normativo, poniendo el énfasis en la distribución de competencias en los diversos órdenes gubernamentales y luego desde un punto de vista dinámico y realista, ya que puede existir un incumplimiento de las normas respectivas.

Con las dificultades que conlleva una clasificación de esta naturaleza, por las generalizaciones que hay que efectuar, podemos expresar que son ejemplos de federalismos “descentralizados” el suizo, el canadiense, el norteamericano, el australiano y el alemán, frente a federalismos “centralizados”, como los latinoamericanos, v.gr., el venezolano, el argentino y el mexicano⁶², o los casos de India, Nigeria y Sudáfrica⁶³.

⁵⁹ Conf. GRODZINS, Morton, *The American System. A new view of government in the United States*, Rand Mac Nally, Chicago, 1966, cita de Fernández Segado.

⁶⁰ Conf. FERNÁNDEZ SEGADO, “El federalismo en América Latina”, cit., p. 25.

⁶¹ Véase FERNÁNDEZ SEGADO, “El federalismo en América Latina”, cit., ps. 25/30.

⁶² Aunque no se puede comparar el federalismo argentino, o aun el mexicano, con el venezolano, que es prácticamente virtual, no sólo por la completa dependencia de los estados del poder central, sino también porque en la reforma constitucional de 1999 se abolió el Senado. Véase FERNÁNDEZ SEGADO, “El federalismo en América Latina”, cit. y en relación con el federalismo argentino, el capítulo siguiente; HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997.

⁶³ Volviendo sobre la complejidad de estas comparaciones, podemos observar que, por ejemplo, Argentina tiene un reconocimiento de autonomía para sus provincias mucho mayor que India, Nigeria o Sudáfrica para sus respectivos gobiernos subnacionales, según lo indica Cheryl Saunders, profesora de la Universidad de Melbourne, y actual presidente de la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales (conf. “Legislative, Executive and Judicial Institutions: A synthesis”, en LE ROY, Katy - SAUNDERS, Cheryl (eds.), *A global dialogue on federalism*, Routledge, 2002).

e) *Con gobiernos presidencialistas o parlamentarios*

También pueden distinguirse las federaciones según la forma de gobierno, presidencialista o parlamentaria. La primera ha dado origen también a la denominación de federalismos “ejecutivos”, aunque también aquí se advierten grandes diferencias entre los distintos países que tienen esta forma de gobierno, como es el caso de Estados Unidos, Argentina, Nigeria y Rusia ⁶⁴.

Son ejemplos de federalismos con gobiernos parlamentarios Canadá, Australia, Alemania, Sudáfrica, India, Bélgica, etc.

A consecuencia de dichas diversas formas de gobierno se observan contrastes en el funcionamiento de los órganos y ejecutivos en las federaciones, tal como emerge del estudio comparado que realizara el Forum of Federations y la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales en once países ⁶⁵.

f) *Con propósitos de división del poder o relacionados con la identidad*

Dorsen, Rosenfeld, Sajó y Baer distinguen los federalismos según sus propósitos entre los distributivos y los relacionados con la identidad. Los primeros están vinculados primariamente con la división del poder entre diferentes niveles de gobierno. Y los segundos, porque buscan primariamente preservar una significativa autonomía para grupos étnicos, religiosos o lingüísticos ⁶⁶.

⁶⁴ Véase SAUNDERS, Cheryl, “Legislative...”, cit., p. 353, donde la autora califica de dramáticas las diferencias entre el presidencialismo norteamericano, sujeto a los límites constitucionales, frente a los otros casos de “hiperpresidencialismo” —como expresamos en nuestro país— o “superpresidencialismo” —como se denomina en Rusia—, donde se afecta el funcionamiento correcto de las federaciones. Nosotros hemos analizado especialmente el caso de Argentina en dicho estudio (conf. HERNÁNDEZ, Antonio M., “Republic of Argentina”, cit., ps. 8/36).

⁶⁵ Dichos países fueron Argentina, Australia, Austria, Alemania, Canadá, Estados Unidos, India, Nigeria, Rusia, Sudáfrica y Suiza. Véase LE ROY, Katy - SAUNDERS, Cheryl (eds.), *A global dialogue on federalism*, vol. 3, “Legislative, Executive and Judicial governance in federal countries”, cit. Asimismo, se habla de un *executive federalism* (federalismo ejecutivo), cuando más allá de la existencia de gobiernos presidencialistas o parlamentarios, se requiere para la realización de las más importantes políticas de acuerdos entre líderes nacionales como los primeros ministros de la federación y de las entidades federadas o de los presidentes y de los gobernadores estatales o provinciales (conf. HUEGLIN, Thomas, *A global dialogue on federalism*, en LE ROY, Katy - SAUNDERS, Cheryl (eds.), vol. 3, “Legislative, Executive and Judicial governance in federal countries”, cit., p. 103, donde el autor indica que hay un fuerte federalismo ejecutivo en su país, y Stefan Oeter, Alemania, en el mismo libro, ps. 138 y 144, que sostiene lo propio en la federación alemana por la relación entre el *Bundesrat* [Senado] y los *Land*). Asimismo, este autor expresa que también existe un federalismo ejecutivo en el federalismo supranacional de la Unión Europea.

⁶⁶ Véase DORSEN, Norman - ROSENFELD, Michel - SAJÓ, András - BAER, Susanne, “Comparative Constitutionalism”, cit., p. 351. Allí sostienen que “*Distributive federalism is concerned primarily with apportioning political power among different levels of government*”, y ponen como ejemplo al federalismo norteamericano. “*Identity-based federalism seeks primarily to preserve significant autonomy either for ethnic, religious or linguistic groups*”, y señalan como ejemplos a India y Suiza. También indican que Canadá es un caso mixto, ya que el primer aspecto prima para las provincias anglófonas y el segundo para el caso de Québec. Estos autores también

De acuerdo con las clasificaciones efectuadas precedentemente, consideramos a *nuestro federalismo* como: *de agregación; doblemente asimétrico en lo político y constitucional; de coordinación; centralizado; de gobierno presidencialista; fuertemente ejecutivo, y con propósitos de división del poder.*

9. Listado de países federales

El Forum of Federations incluye los siguientes veinticuatro países: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Canadá, Comoras, Emiratos Árabes Unidos, España, Estados Unidos, Etiopía, India, Malasia, México, Micronesia, Nigeria, Pakistán, Rusia, St. Kitts y Nevis, Sudáfrica, Suiza y Venezuela. Asimismo, agrega que están en transición al federalismo Iraq y Sudán y que está considerando serlo Sri Lanka.

A pesar del escaso número de países, debemos recordar que aproximadamente el 40% de la humanidad está bajo una forma federal, ya que los países más populosos integran la lista, como India, Estados Unidos y Rusia. Y este porcentaje se ampliará cuando llegue el momento de la democratización de China. Esta lista también permite apreciar la flexibilidad del federalismo como sistema político, ya que funciona en países sumamente extensos como Rusia, Canadá, Estados Unidos y Argentina, y en algunos tan pequeños como Bélgica o Suiza o, aún más, como Comoras ⁶⁷, Micronesia ⁶⁸ o St. Kitts y Nevis ⁶⁹, que están integrados por islas.

II. OTRAS FORMAS FEDERATIVAS

1. La confederación

Como ya hemos visto anteriormente, en un principio se utilizó de manera indistinta las expresiones federal y confederal, hasta que luego de la Convención de Filadelfia se fueron precisando los términos.

La confederación también integra los sistemas políticos federales, según Watts y Elazar, ya que éste es el género amplio, y el federalismo, la confederación, los estados regionales, etc., son las especies, aunque por las diferencias existentes entre ellas no existe completo acuerdo sobre este punto.

efectúan una calificación de los distintos federalismos, v.gr., el de los Estados Unidos como “elástico y pragmático”, por los diversos cambios en su historia, ya que ha tenido mayor o menor centralización; el de Alemania, como federalismo “cooperativo”; el de Suiza, por el “predominio de los cantones”; el de India, como “multiétnico”; el de Canadá, como “asimétrico”, y el de Bélgica, por el tránsito de la centralización al federalismo étnico y posiblemente a una confederación (conf. ps. 356/386).

⁶⁷ Con cuatro islas integrantes del país, cerca de Madagascar, que suman 2.034 km² y con una población total de aproximadamente 600.000 habitantes. Véase www.forumfed.org.

⁶⁸ Con gran cantidad de islas, ubicadas en el Pacífico, con 702 km² y cerca de 140.000 habitantes.

⁶⁹ Con sólo dos islas caribeñas, que dan el nombre a la federación, 261 km² de superficie y aproximadamente 40.000 habitantes de población total.

Como lo sostuvo Loewenstein⁷⁰, las confederaciones fueron las primeras formas federativas en la historia y, en ciertos casos, dieron posteriormente origen a federaciones, como en los Estados Unidos, Suiza, Alemania y Argentina⁷¹.

Sobre el *concepto* de confederación, Georg Jellinek expresó que era “la unión permanente de Estados independientes, unión que descansa en un pacto, por el que se unen los Estados con el fin de proteger el territorio de la confederación exteriormente y asegurar entre ellos la paz interior”⁷². Por su parte, Peter W. Hogg indica que es “una floja o suelta asociación de Estados en la cual el gobierno central está subordinado a los Estados”⁷³. A su vez, Giuseppe de Vergottini dice que es “una unión política entre Estados soberanos regulada por el derecho internacional”⁷⁴.

En cuanto a las *diferencias con la federación*, en general se advierten las siguientes, según lo indica Linares Quintana⁷⁵, aunque el tema no está exento de controversias⁷⁶:

— La base jurídica de la confederación es un tratado o pacto concertado entre las entidades soberanas, mientras que el Estado federal se funda en una Constitución.

— En la confederación los Estados miembros conservan su soberanía, mientras que en la federación dichos Estados poseen autonomía, aun “cuando

⁷⁰ Véase nota 1.

⁷¹ Giuseppe de Vergottini indica que fueron confederaciones con Estados componentes soberanos e iguales, además de la norteamericana de 1778, la suiza de 1815 y la alemana de 1815 (conf. VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 313). Nosotros agregamos a nuestro país, pues tuvimos la Confederación Argentina, organizada a partir del Pacto Federal de 1831 y que luego dió origen a nuestra Federación, a partir de la sanción de la Constitución Nacional de 1853.

⁷² Conf. JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, cit., ps. 616 y 621, citado por LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit., t. 6, p. 219.

⁷³ HOGG, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 4ª ed., 1997, p. 106, citado por DORSEN, Norman - ROSENFELD, Michel - SAJÓ, András - BAER, Susanne, “Comparative Constitutionalism”, cit., p. 351. Su definición de confederación es: “...a loose association of states in which the central government is subordinated to the States...”. Por otra parte, los autores de esta última obra mencionada sostienen que a diferencia de ella, en la federación el gobierno federal es independiente de los estados, pudiendo ser coordinado o superior a ellos. Conf. cit., ps. 351/352. Así lo expresan en su lengua: “In a federation, on the other hand, the federal government is independent, from, and coordinate with or superior to, the states”.

⁷⁴ Conf. VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 313. El profesor de Bolonia expresa que la confederación es una unión paritaria de Estados soberanos y menciona como ejemplos a la Unión de Utrecht de 1579; los artículos de Confederación de Estados Unidos, aprobados en 1777, ratificados en 1778 y con vigor desde 1781; el *Bundesvertrag* Suizo de 1815; la Constitución de los Estados Confederados Americanos Secesionistas de 1861; la de Senegambia (Senegal y Gambia) de 1981 y la que surgiera de algunos Estados luego de la disolución de la URSS, en 1991, por el Tratado de Minsk y la Declaración de Alma Ata.

⁷⁵ Conf. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit., ps. 219/225, que sigue los lineamientos de JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, cit.

⁷⁶ Hans Kelsen no atribuyó importancia decisiva a estas diferencias, pues aplicó sus mismos criterios sobre los órdenes jurídicos tanto para una forma como para la otra. Además consideró como una confederación a la Liga de las Naciones. Conf. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit., ps. 220/222.

merece advertirse que algunos autores y la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sostienen la pluralidad de soberanías federal y estatales”⁷⁷.

— En la confederación, el poder se ejerce sobre los Estados, y no sobre sus respectivos ciudadanos, mientras que en la federación su *imperium* alcanza a los últimos.

— Los derechos de “nulificación” y de “secesión” son derechos que corresponden a los Estados miembros de una confederación, lo que no ocurre en el caso de las federaciones.

Consideramos necesario detenernos en estos derechos. La nulificación es para el destacado profesor de Buenos Aires “la facultad de cualquiera de los Estados confederados para juzgar de la conveniencia y la oportunidad de los actos del poder confederado y para negar su aplicación dentro de su territorio” mientras que la secesión es “la atribución de dichos Estados miembros para separarse en cualquier momento de la unión confederal”⁷⁸.

Estos derechos fueron motivo de debate y de gravísimos conflictos en la historia norteamericana, que desembocaron en la Guerra Civil de 1861 a 1865, ya que los once estados esclavistas del Sur sostuvieron la posibilidad de ejercerlos. Recuérdese que hubo un tránsito de un sistema confederal a uno federal en 1787 y que además ello fue enmarcado en la controversia entre los “federalistas” y “antifederalistas”. El defensor de esta posición confederal fue el Vicepresidente John Calhoun, quien en una de sus propuestas, en 1833, según lo puntualiza Arturo M. Bas⁷⁹, adujo que “los pueblos de los distintos estados que componen estos Estados Unidos, se han adherido como partes a un pacto constitucional”. Lo que fue respondido por Webster, que en sus conocidos “Postulados” se refirió a la naturaleza del gobierno federal creado por la voluntad soberana del pueblo de la Nación, de la siguiente manera: “1°) Que la Constitución de los Estados Unidos no es una liga, confederación o pacto entre el pueblo de los diversos Estados, en su capacidad soberana; sino un gobierno propio, fundado en la adopción del pueblo, y que crea relaciones directas entre el gobierno y los individuos. 2°) Que la autoridad de ningún estado tiene poder para disolver estas relaciones: que nada puede disolverlas sino la revolución, y que consecuentemente no puede existir la secesión sin la revolución. 3°) Que existe una Ley Suprema, que es la Constitución de los Estados Unidos, los actos del Congreso en aplicación de ella y los tratados, y que en los casos que no son de naturaleza a asumir el carácter de un juicio en ley o equidad, el congreso puede juzgar e interpretar en definitiva esa Ley Suprema tantas veces cuantas tenga ocasión de producir actos legislativos; y que en los casos susceptibles de asumir y que en las circunstancias asuman el carácter de un juicio, la Suprema Corte de los Estados Unidos es el intérprete

⁷⁷ Véase el punto 1.5 donde analizamos el tema en los Estados Unidos, en Suiza y también en nuestro país.

⁷⁸ Conf. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit., ps. 224/225.

⁷⁹ Conf. BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino...*, cit., t. 1, p. 12.

final. 4º) Que la tentativa de un Estado de abrogar, anular o invalidar un acto del Congreso, o detener sus efectos, dentro sus límites, por la razón de que, en su opinión, tal ley es inconstitucional, es una usurpación directa sobre los poderes privativos del gobierno general, y sobre los derechos iguales de los demás estados y una plena violación de la Constitución, y un procedimiento esencialmente revolucionario en su carácter y en su tendencia”⁸⁰.

Luego del triunfo del presidente Abraham Lincoln en la Guerra Civil, finalmente la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el célebre caso “Texas v. White”, en 1868, dictaminó que Texas era un estado de la Unión, que fue nula su decisión de secesionarse en 1861, que dicho acto fue una rebelión y que la Unión de los estados era indisoluble y perpetua. Quien tuvo a su cargo la redacción del fallo fue el *Chief Justice* (presidente de la Corte) Chase, que en una de sus más conocidas y memorables frases dijo que “La Constitución, en todas sus provisiones, mira una Unión indestructible compuesta de estados indestructibles”⁸¹.

No obstante ello, y como demostración de la variedad que presenta la realidad de los sistemas federales y la complejidad de los conceptos que analizamos por sus finos límites distintivos, se pueden señalar federaciones como la canadiense, que en ciertas condiciones permitirían la secesión de una provincia de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Suprema Corte en un fallo de 1998, con relación a la provincia francófona de Québec⁸². Asimismo, hay otros casos, como el de Etiopía, donde la Constitución permite la secesión, y el de Sudán, que confiere dicha posibilidad por medio de referéndum a Sudán del Sur. También debe tenerse presente que en 2006, y por la última vía mencionada, se separó Montenegro de Yugoslavia.

Otra cuestión que debe destacarse es la *utilización actual de la forma confederal* por parte de organizaciones internacionales, cuyo ejemplo más notable es la Unión Europea, aunque De Vergottini también sostiene que, en este caso, por la fuerte integración existente entre la Unión y los Estados, puede haber una transformación eventual en un Estado federal⁸³.

⁸⁰ Conf. BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino...*, cit., t. 1, ps. 12/13. Véase nuevamente el ilustrativo artículo antes mencionado de Alberto Bianchi sobre “fragmentos poco conocidos de la formación constitucional de los Estados Unidos” (págs. 74 y ss.), donde analiza el debate sobre el gobierno federal que se produjo en el Senado en 1830 entre los senadores Daniel Webster de Massachusetts y Robert Hayne de South Carolina, al que también se sumaría el propio presidente del cuerpo y vicepresidente de los Estados Unidos. John Calhoun, que también pertenecía al Estado antes mencionado y que defendía su derecho a la nulificación de las leyes del gobierno federal. En definitiva, se trató de la continuidad de la controversia entre “federalistas” y “antifederalistas”

⁸¹ “The Constitution, in all of its provisions, looks to an indestructible Union, composed of indestructible States”. Por su parte, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación también adoptó el mismo criterio jurisprudencial.

⁸² Conf. MCGARRY, John, “Federal political systems and national minorities”, en *Handbook of Federal Countries*, cit., p. 423. Asimismo, el autor señala como otra característica confederal de las federaciones, la autorización que tienen las entidades francófonas de Canadá y Bélgica para integrar la liga internacional de dichos Estados.

⁸³ Conf. VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 318. Por su

2. Los Estados regionales

Como lo hemos visto al analizar la distinción entre las formas federativas por agregación y devolutivas, estos Estados surgieron como consecuencia del avance de la descentralización en los anteriores Estados unitarios.

En consecuencia, se han señalado diferencias entre los Estados federales y regionales⁸⁴, no sólo en los aspectos históricos, sino también en:

a) Los alcances de la autonomía para ejercitar el poder constituyente, pues mientras las provincias, estados, *länder*, cantones, etc., sancionan sus propias constituciones, las regiones pueden en algunos casos sancionar Estatutos, pero que luego deben ser aprobados por los cuerpos legislativos estatales, v.gr., como en España o Italia.

b) Las mayores competencias reservadas a las entidades componentes de una federación, lo que normalmente no ocurre en los estados regionales.

c) La inexistencia de un Senado Federal como cámara representativa de las autonomías territoriales en el caso de los estados regionales.

d) La participación en los procesos de revisión constitucional, pues las regiones no intervienen en ellos, como en cambio lo hacen las entidades componentes de una federación.

e) El ejercicio de las funciones judiciales, pues las regiones carecen de órganos para ello, mientras que los estados federados tienen sus propios poderes diferentes del de la Federación.

Aunque no concordamos con la opinión de De Vergottini acerca de la falta de fundamento sobre dichas diferencias cualitativas entre los modelos de Estado federal y regional⁸⁵, sí creemos que la realidad ofrece diversos matices al respecto y que las líneas divisorias no son tan claras. En este sentido, además de la inexistencia de Senado en algunas federaciones o de la propia función judicial por parte de entidades que componen una federación, se puede advertir que el proceso de descentralización en algunos modelos regionales es más fuerte que en algunas federaciones, como v.gr., en la comparación que podemos realizar entre las Comunidades Autónomas de España con los estados venezolanos, que son la muestra más acabada de un proceso de centralización⁸⁶.

parte, Dorsen, Rosenfeld, Sajó y Baer consideran a la Unión Europea como un caso de federalismo “supranacional” (conf. DORSEN, Norman - ROSENFELD, Michel - SAJÓ, Andrés - BAER, Susanne, “Comparative Constitutionalism”, cit., p. 350).

⁸⁴ Conf. VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 344.

⁸⁵ Conf. VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 345.

⁸⁶ La calificación de Venezuela como Estado federal en su Constitución vigente podría ser un caso de “autocalificación”, según el interesante planteo efectuado por Lucio Pegoraro, profesor de Derecho Constitucional Comparado de Bolonia, en PEGORARO, Lucio, “Autoqualificazioni ed eteroqualificazioni del federalismo: il linguaggio della costituzione e delle proposte di riforma”, en BALDIN, Serena - PEGORARO, Lucio - RINELLA, Angelo, *Tre lezioni sul federalismo*, Università degli Studi di Trieste, EUT, Trieste, 1999, ps. 19 y ss. En particular, para el análisis de la situación del federalismo en Venezuela, véase BREWER CARÍAS, Alan, “La descentralización del poder en el Estado democrático contemporáneo”, en HERNÁNDEZ, Antonio M. (dir.), *La*



De todas maneras, los Estados regionales integran los sistemas políticos federales, según lo considerado por caracterizada doctrina y el Forum of Federations⁸⁷.

Debemos hacer una breve referencia a algunos Estados regionales, aunque distinguimos entre los que han sido incorporados a la lista de Estados federales del Forum, como Italia y España, de otros que tienen experiencias regionales de menor intensidad, como Francia y el Reino Unido.

Italia, en la Constitución de 1947 y sobre la base de la Constitución española de la Segunda República de 1931, estableció un Estado regional, integrado por veinte regiones, de las cuales cinco tenían estatuto especial (Sicilia, Cerdeña, Valle de Aosta, Trentino-Alto Adigio y Friuli-Venecia Giulia) y quince estatuto ordinario. La descentralización del Estado se reguló en el Tít. V de la parte II de la Constitución, con un reconocimiento de la autonomía de las regiones, provincias y comunas, a las que se les reconoció sus respectivas competencias. Los Estatutos regionales debían ser sancionados por las regiones, pero aprobados por el Parlamento. Se prescribió que los conflictos de competencias debían ser resueltos por la Corte Constitucional.

En 1999, mediante la Ley Constitucional 1, y en 2001, mediante la Ley Constitucional 3, se introdujeron importantes modificaciones en dicho Tít. V de la Constitución, a los fines de profundizar la descentralización del Estado y de reconocer mayores competencias a las regiones y entes locales⁸⁸.

España, mediante la Constitución de 1978 —sancionada con alto grado de consenso de las fuerzas políticas luego del régimen franquista—, también organizó un Estado altamente descentralizado, siguiendo la anterior experiencia constitucional de 1931. En el Tít. VIII se reconoció una amplia autonomía a las Comunidades Autónomas, provincias y municipios, además de los gobiernos insulares y de Ceuta y Melilla. Y aunque la Constitución distinguía en su art. 2º entre las “nacionalidades” y las “regiones”, refiriéndose las primeras al País Vasco, Cataluña y Galicia, se constituyeron en definitiva diecisiete Comunidades Autónomas, que sancionaron sus propios Estatutos, luego aprobados por el Parlamento.

Los problemas de interpretación de dicho título constitucional, que ha merecido críticas en la doctrina por su redacción⁸⁹, no han impedido sin em-

descentralización del poder en el Estado contemporáneo, Asociación Argentina de Derecho Constitucional - Instituto Italiano de Cultura de Córdoba, p. 85, y FERNÁNDEZ SEGADO, “El federalismo en América Latina”, cit.

⁸⁷ Otra parte de la doctrina, v.gr., DORSEN, Norman - ROSENFELD, Michel - SAIÓ, Andrés - BAER, Susanne, “Comparative Constitutionalism”, cit., p. 386, hablan de “descentralización en Estados no federales” (*decentralization in nonfederal states*), refiriéndose a España, Italia, Francia y el Reino Unido.

⁸⁸ Véanse CARAVITA, Beniamino, *Lineamenti di diritto costituzionale...*, cit., caps. II a V; GROPPI, Tania, *Il federalismo*, cit., ps. 102/106; VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, cit., ps. 350/354, entre otros.

⁸⁹ Como lo expresa Javier Pérez Royo, catedrático de Sevilla, al sostener que no se resolvió el problema de la estructura del Estado por las diferentes posibilidades interpretativas que arroja la Constitución, en consonancia con la opinión que también formulara Pedro Cruz Villalón, que presidiera el Tribunal Constitucional (conf. PÉREZ ROYO, Javier, *El problema de la estructura del Estado*, cit., p. 100).

bargo, la consolidación de un proceso autonómico muy acentuado, que ha contado con la jurisprudencia afirmativa del Tribunal Constitucional⁹⁰.

Aunque *Francia* ha sido el ejemplo paradigmático del Estado unitario, sin embargo ya desde los decretos de 1955 y 1960 se han creado veintinueve regiones, a las que se añadió en 1970 la de Córcega, en el inicio de un proceso de desconcentración administrativa, que luego se transformaría en descentralización con sentido político varias décadas después. Esto no dejó de tener inconvenientes, como el rechazo por referéndum popular de la propuesta de regionalización que formulara en 1969 el general De Gaulle y que originara su retiro del poder. Pero ello no impidió que en 1982 se sancionara la ley 82-213, que definiera a las regiones como colectividades territoriales administradas por un Consejo Regional elegido por voto popular. Y, más recientemente, la Ley Constitucional 276, del 28/3/2003, ha regulado la organización descentralizada de la República, con la idea de una “democracia de proximidad”.

Otro caso que no puede dejar de mencionarse es el del *Reino Unido*, donde aunque existían algunas experiencias de desconcentración administrativa, sólo en el caso de Irlanda del Norte, entre 1920 y 1972, se apreció un grado ostensible de autonomía política regional. Pero fue a partir de 1997, luego de referendos especiales para Escocia y Gales, que avanzó el llamado proceso de “devolution”, mediante la sanción de tres leyes del Parlamento en 1998 (“Scotland Act”, “Northern Ireland Act” y “Government of Wales Act”), que han posibilitado asambleas electivas en dichas regiones, además del ejercicio de facultades legislativas, aunque menores para el caso de Gales.

Existen otros ejemplos de regionalización tanto en Europa (v.gr., Portugal) como en América latina (los casos de Chile, Perú, Ecuador y Colombia), lo que revela que aun tratándose de Estados unitarios, se está comprendiendo la necesidad de avanzar hacia su descentralización por las razones que han sido expuestas anteriormente.

Por último, mencionamos las *siete causas de legitimación del federalismo y el regionalismo* de Peter Häberle⁹¹:

- a) A partir de la teoría de los derechos fundamentales (incluyendo la legitimación proveniente de las libertades culturales).
- b) Derivada de la teoría de la democracia (incluyendo los aspectos étnicos).

en España”, en HERNÁNDEZ, Antonio M. [dir.], *La descentralización del poder en el Estado contemporáneo*, cit., ps. 129 y ss.). Para un análisis de dicho Tít. VIII y los antecedentes de la regionalización en España, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Estudios sobre autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1985.

⁹⁰ Actualmente se encuentra a fallo de dicho alto tribunal la causa suscitada por la impugnación sobre la constitucionalidad de la reforma producida en el Estatuto de Cataluña, que ha originado un intenso debate en España.

⁹¹ Conf. HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, ps. 269/270. El profesor de Bayreuth sostiene que el federalismo alemán se asienta en la soberanía cultural de los *länder* y que debe ponerse el acento en lo cultural para la comprensión del Estado federal (conf. ps. 261 y ss.).

- c) Derivada de la división de poderes (argumento del control).
- d) La legitimación económica y política del desarrollo.
- e) Las funciones de integración como argumento en favor del regionalismo.
- f) La dimensión descentralizadora y distribuidora de funciones (el argumento de la subsidiariedad).
- g) Particularmente en Europa, el argumento de política europea (palabra clave: "La cultura de Europa como diversidad y unidad")⁹².

III. REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DEL FEDERALISMO

No podemos concluir este análisis sin efectuar unas breves reflexiones sobre el futuro del federalismo. En tal sentido, expresamos que éste es para nosotros claramente promisorio, ya que a comienzos del siglo XXI se observa con nitidez la extraordinaria fuerza y proyección de los principios federales, vigentes no sólo en la forma de Estado para el 40% de la población mundial⁹³ sino también en las técnicas confederativas utilizadas para las organizaciones supranacionales como la Unión Europea, el Nafta o el Mercosur.

Por otra parte, la globalización en que estamos insertos está interrelacionada con los procesos de descentralización y de integración tanto nacionales como supranacionales, como lo hemos señalado anteriormente⁹⁴.

Creemos, aunque parezca paradójico, que el proceso de globalización a nivel mundial al mismo tiempo importará el fortalecimiento de las instancias federales, regionales y locales, como lo indica el nuevo término "glocal", que significa que hay que pensar globalmente pero actuar localmente, ya que debe

⁹² Y expresa más adelante el constitucionalista alemán: "Resulta evidente que existen muchas analogías respecto de la legitimación del federalismo, lo que sería consecuente si éste es entendido como 'consumación' del regionalismo. En la concepción aquí desarrollada ciertamente no se afirma que el federalismo sea siempre la forma 'ideal' y, por así decirlo, el 'estadio final' de cualquier regionalismo. Esto puede ocurrir en los diversos países, pero no tiene por qué serlo. Es muy posible que los diversos Estados constitucionales se decidan, de manera consciente, a favor 'sólo' del regionalismo realmente vigente, aunque al hacerlo se aproximen considerablemente a las fronteras del modelo del federalismo" (conf. HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, cit., p. 270).

⁹³ Ese 40% de la población mundial que corresponde al listado de países federales, seguramente se ampliará en el momento en que se produzca la democratización de China, que deberá tener este tipo de organización estatal y que es el país más poblado del planeta.

⁹⁴ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *Integración y globalización: Rol de las regiones, provincias y municipios*. Prólogo de Eduardo García de Enterría, Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 21 y ss. Allí analizamos los conceptos de globalización, descentralización e integración y sus interrelaciones. Recordamos una cita de Pedro J. Frías, que expresó: "...es la descentralización el modo actual de asignar poderes. Los analistas del futuro lo han explicado a través de Toffer y de Kennedy: el Estado contemporáneo es demasiado pequeño para ciertas tareas y demasiado grande para otras. Cuando es demasiado pequeño, se impone la integración. Cuando es demasiado grande se impone la descentralización". Después se refería a la descentralización como "una verdadera técnica de vida social" (conf. p. 33).

acercarse el gobierno a los ciudadanos y preservar las identidades culturales de los hombres y sociedades⁹⁵.

Asimismo, al estudiar el rol de las regiones, provincias y municipios en el contexto de las nuevas relaciones económicas surgidas en el mundo globalizado y de regionalismo abierto, y a la luz de nuestra reforma constitucional de 1994, hemos indicado el proceso de modernización institucional iniciado que incuestionablemente fortalece las ideas federales, como también se ha observado en la Unión Europea y el Nafta⁹⁶.

Por su parte, Beniamino Caravita señala que el federalismo es un fenómeno de reorganización institucional del Estado contemporáneo, debido a cuatro razones: a) el desarrollo del modelo de gobierno de múltiples niveles (*multilevel governance*), desde la Comuna a las organizaciones supranacionales, en constante confrontación y colaboración; b) el pluralismo social, a consecuencia de la diversidad de actores sociales, organizados en variadas formas en la representación de sus intereses; c) el "glocalismo" producido por la globalización, y d) la rápida difusión del principio de la subsidiariedad⁹⁷.

John Kincaid, al escribir sobre los desafíos del futuro del federalismo, indica que frente a la erosión sufrida por los gobiernos locales de los sistemas federales debido a la integración supranacional, existen, no obstante, diversos hechos que fundamentan el empleo de principios federales. Y al respecto menciona, en primer lugar, que el proceso de globalización económica y de libre comercio ha significado mayores poderes para los entes locales tanto en Estados unitarios como federales. En segundo lugar, estima que el principal desafío para el federalismo es el tratamiento de las diversidades humanas, ya que el florecimiento de las identidades culturales y nacionales ha creado conflictos a lo largo del mundo que pueden ser solucionados de manera equitativa y democrática mediante la aplicación de principios y arreglos federales dentro y entre las naciones. Finalmente, considera que los asuntos de protección del ambiente, equidad global y paz universal también necesitan de prácticas y principios federales para garantizar el futuro frente a la catástrofe⁹⁸.

Por último, destacamos que Ronald Watts acaba de insistir en que la idea federal es cada vez más importante en el mundo contemporáneo, como un sistema que pacíficamente concilia la unidad y la diversidad⁹⁹.

⁹⁵ Conf. HERNÁNDEZ, Antonio M., *Integración y globalización...*, cit., ps. 32/35.

⁹⁶ Conf. HERNÁNDEZ, Antonio M., *Integración y globalización...*, cit., ps. 50/86.

⁹⁷ Conf. CARAVITA, Beniamino, *Lineamenti di diritto costituzionale...*, cit., ps. 61/62.

⁹⁸ Conf. KINCAID, John, "Challenges to the future of Federalism", en "Introduction", *Handbook of Federal Countries*, cit., ps. 12/13.

⁹⁹ Conf. WATTS, Roland L., "The federal idea an its contemporary relevance", Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, Kingston, Ontario, Canadá, 2007, publicado con motivo de la Conferencia sobre "La idea federal", en honor del autor, realizada en la Queen's University, en Kingston, Canadá, entre los días 18 y 20 de octubre de 2007, en la que también participamos en nuestro carácter de Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

CAPÍTULO III
EL FEDERALISMO ARGENTINO

por ANTONIO M. HERNÁNDEZ *

I. LAS CAUSAS ORIGINARIAS DE LA ADOPCIÓN DEL FEDERALISMO
COMO FORMA DE ESTADO

Se han señalado diversas causas originarias del federalismo en nuestro país por parte de destacados publicistas e historiadores del derecho. Sin el propósito de realizar una investigación exhaustiva —porque excedería el alcance de este trabajo—, mencionaremos las siguientes opiniones significativas en nuestra historia constitucional. Juan Bautista Alberdi, en las *Bases* —como veremos más adelante al analizar su pensamiento—, atribuyó esta cuestión a una causa mediata —el régimen municipal español a través de los cabildos que dieron origen a las provincias— y a una causa inmediata —que fue la ausencia de una soberanía nacional que originara las soberanías locales—. Francisco Ramos Mejía ¹ sostuvo que dicho sistema federal fue heredado de los españoles y conformado con características propias de nuestro desarrollo histórico.

Arturo M. Bas ² también destacó la importancia de los antecedentes coloniales, que consistieron según su punto de vista en: a) el espíritu particularista del pueblo español; b) el origen diferente de la conquista y población de las diferentes ciudades y territorios que hoy forman la República Argentina; c) el aislamiento comercial impuesto a las provincias de Cuyo, Tucumán y Río de la Plata; d) los conflictos que llegaron a la lucha armada en algunos casos entre dichas provincias que funcionaron como distintas e independientes; e) la constitución de los cabildos, que fomentaron en las ciudades capitales de las provin-

¹ RAMOS MEJÍA, Francisco, *El federalismo argentino*, Cultura Argentina, Buenos Aires, 1915, ps. 29 y ss.

² BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino*, Abeledo, Buenos Aires, 1927, ps. 17 y ss.

* Abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor titular plenario de Derecho Público Provincial y Municipal y profesor titular de Derecho Constitucional (Universidad Nacional de Córdoba). Académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y director del Instituto de Federalismo. Académico correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

cias históricas un espíritu individualista y democrático, y f) la organización de las intendencias por reales cédulas de 1782 y 1803.

Juan Agustín García, Antonio Sagarna, Juan González Calderón y Ricardo Levene refirieron especialmente la importancia de los cabildos en la formación de nuestra forma de Estado ³.

Juan P. Ramos ⁴ indicó que las raíces históricas del federalismo hay que buscarlas “en la estupenda ceguera e ineptitud de los hombres que gobernaron el país desde Buenos Aires después de 1810, fueran ellos porteños o provincianos”. Alberto Demicheli, distinguido jurista uruguayo ⁵ resaltó especialmente la influencia de José Gervasio de Artigas en esta cuestión: “El derecho patrio rioplatense, pues, adviene en octubre de 1812, cuando se declara la caducidad de los poderes reales y surgen, paralelamente las primeras iniciativas constitucionales para organizar la flamante república. En ellas radica el cuasi derecho inicial, desdoblado en una tendencia unitaria, de origen porteño, que cristalizará en el Uruguay; y otra federal, de origen artiguista, que trasciende y encarna en las provincias argentinas”. Y en particular destacó la trascendencia de las Instrucciones a los diputados orientales que concurren a la asamblea del año 1813, que expresaban: “1º: Que la Banda Oriental no admitía otro sistema que el de confederación para el nuevo Estado. 2º: Que la provincia oriental entraba separadamente en una alianza de amistad con cada una de las otras. 3º: Que los diputados no eran de la Nación, sino representantes de los pueblos orientales” ⁶. Este autor opina que en dicha asamblea se originaron los lineamientos posteriores de nuestro derecho, ya que se presentaron tres proyectos constitucionales unitarios, que darían base a las constituciones de 1819 y 1826, y dos de carácter federal, que influirían en las constituciones sancionadas por las provincias a partir de 1820 así como en los pactos interprovinciales. Expresó que dichas iniciativas unitarias y federales se inspiraron respectivamente en la ideología de las dos grandes corrientes revolucionarias del siglo XVIII: la francesa, de soberanía nacional indivisible, con el aporte doctrinario de Rousseau, y la norteamericana, de soberanía estatal dispersa, con descentralización del poder y el aporte doctrinario de Montesquieu. Sostuvo que la tendencia centralizadora encarnó sucesivamente en los estatutos de los directorios, en las tentativas dinásticas, en las constituciones de Funes y Rivadavia (de 1819 y 1826), en la política aduanera y portuaria de Rosas, en las cartas de Uruguay de 1830 y de Buenos Aires de 1854. Por el contrario, la tendencia federalista se manifestó en casi un centenar de pactos interprovinciales, en veinte cartas locales

³ Conf. PEREIRA PINTO, Juan C., *Los antecedentes constitucionales argentinos*, El Coloquio de Económicas, Buenos Aires, 1968, ps. 95 y ss.

⁴ RAMOS, Juan P., *El derecho público de las provincias argentinas*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Buenos Aires, 1914, t. I, p. 52.

⁵ DEMICHELI, Alberto, *Formación nacional argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1971, p. 36.

⁶ Para un análisis detenido sobre el tema, véase DEMICHELI, Alberto, *Formación nacional argentina*, cit., ps. 60 y ss.

anteriores a la sanción de la Constitución Nacional de 1853 y en cuatro grandes acuerdos generales, logrados por adhesión (Pacto Federal de 1831), por convención (Acuerdo de San Nicolás de 1852) y por transacción (Pactos de San José de Flores de 1859 y de Paraná de 1860), y que culminara con la sanción de la Ley Suprema de 1853, modificada en 1860 con la incorporación de la provincia de Buenos Aires ⁷. Demicheli en su importante libro citado desarrolló la tesis de que la formación nacional argentina se cumplió en un proceso de cincuenta años en tres etapas sucesivas:

a) La primera, de cuasi derecho federal (entre 1813 y 1820), donde las provincias litorales afirmaron sus autonomías, celebraron pactos e iniciaron un federalismo particular derivado de las contradictorias constituciones norteamericanas, pero adaptadas a nuestra realidad.

b) La segunda, de derecho público sinalagmático (entre 1820 y 1831), resultado de los pactos interprovinciales realizados por las provincias históricas, basadas en sus constituciones, que procuraron una organización general mediante esta especial forma de derecho público, de extracción vernácula.

c) La tercera, de preconstitucionalismo (entre 1831 y 1853), como fruto de la adhesión de las provincias al Pacto Federal del 4/1/1831, que confluyó en la Constitución Nacional compuesta o mixta de 1853 y luego en la amplia reforma federal de 1860, con retorno a los primitivos cánones de 1813 ⁸.

Por su parte, Ricardo Zorraquín Becú ⁹ descreyó de las tesis monocausales como originarias del federalismo y en tal sentido incluyó a las ideas del Deán Funes o la influencia de Artigas. Por el contrario, escribió que “los antecedentes raciales, el medio geográfico, las preocupaciones religiosas y sociales, las luchas económicas y las doctrinas políticas recibidas inciden en la dilucidación del problema”, y que nuestra forma de Estado nació de la “entraña del pueblo argentino” y “constituye un fenómeno tan complejo como la vida misma, con sus matices y sus desequilibrios”.

A su vez, Juan Carlos Pereira Pinto ¹⁰ arribó a las siguientes conclusiones sobre este tema:

1º) Que las causas de implantación de nuestro federalismo fueron distintas de las acontecidas en los Estados Unidos. 2º) Que dichas causas fueron el “aislamiento regional, la necesidad de defender la economía local del poder de la oligarquía comercial del puerto de Buenos Aires y la oposición de los hombres de las provincias, con el apoyo popular, al absolutismo y centralismo por-

⁷ Conf. DEMICHELI, Alberto, *Formación nacional argentina*, cit., ps. 5/6.

⁸ Conf. DEMICHELI, Alberto, *Formación nacional argentina*, cit., p. 1. Agrega el autor, respecto del derecho argentino, que: “...Desbordando el hecho histórico en su significado intrínseco, irán surgiendo por sedimentación natural diferentes períodos de iniciación (1813), de propagación (1815), de generalización (1820), de consolidación (1831), de constitucionalización (1853) y de nacionalización del hecho federal (1860)” (cit., p. 3).

⁹ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *El federalismo argentino*, Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 14.

¹⁰ Conf. ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *El federalismo argentino*, cit., ps. 99/100.

teño”, y 3º) “Sin desconocer la importancia de precursores como Gorriti, el Deán Funes, Artigas, López y otros, indicamos que los dos hechos fundamentales que determinaron el triunfo del sistema federal fueron la aparición y consolidación de las provincias y la caída del gobierno central con la renuncia de Rondeau, último director de Estado, el 11/2/1820. Consecuencia directa de lo expresado es la firma del Pacto del Pilar el 23/2/1820, que significó la primera formalización de las pujantes ideas federales”. Para finalizar esta revista de autores, citamos el pensamiento de Germán José Bidart Campos ¹¹, quien atribuye el origen de nuestro proceso constitucional a la interinfluencia del medio, del hombre y de la ideología y así lo explica:

a) El medio (influencia mesológica) son las ciudades, las provincias y Buenos Aires, ya que las primeras dieron origen a las segundas, y éstas al sistema federal, mientras Buenos Aires actuó como polo centralizador y unificante.

b) La influencia del medio se intercala con la del hombre, que dará a “la vida, a las ideas, a las costumbres de cada provincia, un estilo sociológico y cultural propio, que será la razón de ser de las autonomías locales”. “El hombre será el pueblo, serán los caudillos, será Artigas”.

c) Del hombre situado en el medio surgirá la ideología, que fue de emancipación, de democracia, de gobierno republicano, de federalismo y que germinará en la Constitución de 1853. Bidart Campos sostiene además que la “disposición e interinfluencia de los elementos humanos, ideológicos y mesológicos fue lograda por los pactos interprovinciales”, que sirvieron de “cauce” para la organización constitucional de las provincias.

Por nuestra parte y sin dejar de valorar los aportes de quienes señalaron específicamente una causa como originaria del federalismo argentino, estimamos que existieron una pluralidad de razones para ello, conforme lo destacaron los últimos autores mencionados.

Para nosotros, el federalismo fue la forma de Estado elegida para resolver los graves conflictos políticos, económicos y sociales producidos y el resultado de nuestra evolución histórica. Así como en 1820 se definió que seríamos republicanos y no monárquicos en la forma de gobierno, en 1853 se consagró al federalismo como forma de Estado en la Constitución Nacional, luego de décadas de cruentas luchas civiles. La fuerza instrumentadora del federalismo fueron los pactos interprovinciales, que llegaron casi al centenar, y de los cuales debemos destacar el Pacto del Pilar (23/2/1820), entre las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos; el Tratado del Cuadrilátero (15 a 25/1/1822 y 7/4/1822), entre las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes; el Pacto Federal (4/1/1831 al 15/2/1831), entre las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, al que luego se fueron sumando las demás, y como precedente inmediato de la sanción constitucional de 1853, el Acuerdo

¹¹ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 290.

de San Nicolás (31/5/1852), que ratificara las bases de la organización federativa ya sentadas en el Pacto Federal de 1831. Por ello, el Preámbulo de la Ley Suprema hace referencia al cumplimiento de dichos pactos preexistentes.

Pero como el federalismo es un “proceso” de esa estirpe antes que un “estereotipo” político y estatal —como lo enseñara Friedrich—, ya que existe una pugna permanente entre el centro y la periferia con sus respectivas fuerzas convergentes y divergentes, en nuestro país hemos atravesado graves y prolongadas vicisitudes que han producido una notoria distancia entre la Constitución formal y la material ¹².

A los problemas culturales de la anomia hemos sumado una falta de resolución de la relación más dramática de la historia —en palabras de Félix Luna ¹³— que es la de Buenos Aires y el país, y que está íntimamente ligada al destino de nuestro federalismo. Volvamos ahora al estudio de esta temática en la faz normativa para comprender nuestro texto supremo.

II. EL FEDERALISMO EN EL PENSAMIENTO DE ALBERDI

Resulta indudable el notable aporte del padre de nuestro derecho público, Juan Bautista Alberdi a la sanción de la Constitución de 1853, a través de su célebre obra *Bases*, escrita en Valparaíso en 1852, luego del triunfo del general Urquiza sobre Rosas en la batalla de Monte Caseros. Como bien se ha señalado, se produjo aquí una de las confluencias más trascendentes e importantes de nuestra historia, entre el militar victorioso y el brillante intelectual comprometido, que nos permitieran iniciar la etapa de la organización nacional, completando la obra de la Revolución de Mayo de 1810. Por eso interesa conocer el pensamiento de Alberdi y, en particular, en la temática que estudiamos. El prócer tucumano —que para nosotros junto a Sarmiento fueran las expresiones más elevadas de la inteligencia argentina— se formó en el conocimiento de autores de la filosofía, de la política, del derecho constitucional y de la literatura. Al respecto, se ha señalado a Vico, Volney, Condorcet, Jouffroy, Herder, Lammenais, Lermnier, Cousin, Pascal, Leroux, Holbach, Montesquieu, Rousseau, Tocqueville, Hamilton, Madison, Jay, Story, Pellegrino Rossi —entre otros— además de su particular relación con Esteban Echeverría y Juan María Gutiérrez, con quienes integrara la notable generación de 1837 ¹⁴.

¹² Como lo hemos desarrollado en HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997, al que nos remitimos en razón de brevedad.

¹³ LUNA, Félix, *Buenos Aires y el país*, Sudamericana, Buenos Aires, 1982, ps. 7 y 8.

¹⁴ Conf. GHIRARDI, Olsen A., *La filosofía en Alberdi*, Córdoba, 1993: “Introducción” a la edición de *Las bases...*, realizada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002; disertación sobre “Juan Bautista Alberdi y Joseph Story”, en *Libro de homenaje a Juan Bautista Alberdi*, t. I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, y su trabajo en prensa *De la escuela del Salón Literario (1837) a la Constitución*

Crea que la “cultura era francesa, pero la libertad inglesa” y, en definitiva, su modelo de derecho público y organización constitucional fue la república federal norteamericana, pero como veremos, con especial adecuación a nuestra realidad según su visión. En efecto, en el cap. XVII de las *Bases* escribió: “Dios da a cada pueblo su Constitución o manera de ser normal, como lo da a cada hombre. El hombre no elige discrecionalmente su Constitución gruesa o delgada, nerviosa o sanguínea; así tampoco el pueblo por su voluntad se dé una Constitución monárquica o republicana, federal o unitaria. Él recibe estas disposiciones al nacer: las recibe del suelo que le toca por morada, del número y de la condición de los pobladores con que empieza, de las instituciones anteriores y de los hechos que constituyen su historia”¹⁵.

En cuanto al tema que nos ocupa, su pensamiento está expuesto en las *Bases*, principalmente en los caps. XVII al XXIV. En el primero de ellos, titulado “Bases y puntos de partida para la Constitución del gobierno de la República Argentina”, enumera los antecedentes unitarios correspondientes a la época del gobierno colonial y a los del período de la Revolución, y luego hace lo propio con los antecedentes federativos de la República Argentina tanto coloniales como patrios. Y dice que para superar las luchas estériles del pasado hay que llegar a un “sistema mixto” que “abraza y concilie las libertades de cada provincia y las prerrogativas de toda la Nación”, como solución inevitable y única, mediante la combinación de los dos grandes términos del problema argentino: la Nación y la provincia¹⁶.

Nacional (1853); PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros, *El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853*, Buenos Aires, Depalma, 1984, y PÉREZ GUILHOU, Dardo, “Alberdi y las fuentes del derecho público argentino”, en *Libro de homenaje a Juan Bautista Alberdi*, t. I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, p. 83; SEGOVIA, Juan F., “Alberdi y la república posible”, en *Libro de homenaje a Juan Bautista Alberdi*, t. I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, ps. 107 y ss.; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Las ideas jurídicas en la Argentina*, Perrot, Buenos Aires, 1987; SARRÍA, Gustavo, *Fuentes ideológicas del fragmento preliminar al estudio del derecho del Dr. Juan Bautista Alberdi*, Poder Legislativo, Córdoba, 1988; MAYER, Jorge M., *Alberdi y su tiempo*, Eudeba, Buenos Aires, 1963; etc.

¹⁵ Dardo Pérez Guilhou ha destacado que en su método de derecho público valoró especialmente la historia y las costumbres (PÉREZ GUILHOU, Dardo, “Alberdi y las fuentes...”, cit., ps. 84, 85, 86 y ss.).

¹⁶ Decía Alberdi: “He aquí los antecedentes unitarios pertenecientes a nuestra anterior existencia colonial: 1) Unidad de origen español en la población argentina. 2) Unidad de creencias y de culto religioso. 3) Unidad de costumbres y de idioma. 4) Unidad política y de gobierno, pues todas las provincias formaban parte de un solo Estado. 5) Unidad de la legislación civil, comercial y penal. 6) Unidad judicial, en el procedimiento y en la jurisdicción y competencia, pues todas las provincias del virreinato reconocían un solo tribunal de apelaciones, instalado en la capital, con el nombre de Real Audiencia. 7) Unidad territorial, bajo la denominación de Virreinato del Río de la Plata. 8) Unidad financiera o de rentas y gastos públicos. 9) Unidad administrativa en todo lo demás, pues la acción central partía del virrey, jefe supremo del Estado instalado en la capital del virreinato. 10) La ciudad de Buenos Aires, constituida en la capital del virreinato, es otro antecedente unitario de nuestra antigua existencia colonial. Enumeraremos ahora los antecedentes unitarios del tiempo de la revolución: 1) Unidad de creencias políticas y de principios

En el cap. XVIII, titulado “Continuación del mismo asunto. Del gobierno y su forma. La unidad pura es imposible”, dice que no hay cuestión sobre la forma de gobierno que es la republicana, como fuera proclamado por la revolución americana y que ella reside originariamente en la Nación y que la democracia

republicana. La Nación ha pensado como un solo hombre en materia de democracia y de república. 2) Unidad de sacrificios en la guerra de la Independencia. Todas las provincias han unido su sangre, sus dolores y sus peligros en esa empresa. 3) Unidad de conducta, de esfuerzos y de acción en dicha guerra. 4) Los distintos pactos de unión general, celebrados e interrumpidos durante la revolución, constituyen otro antecedente unitario de la época moderna del país, que está consignado en sus leyes y en sus trabajos con el extranjero. El primero de ellos es el acto solemne de declaración de la independencia de la República Argentina del dominio y vasallaje de los españoles. En este acto el pueblo argentino aparece refundido en un solo pueblo, y ese acto está y estará perpetuamente vigente para su gloria. 5) Los congresos, presidencias, directorios supremos y generales que, con intermitencias más o menos largas, se han dejado ver durante la revolución. 6) La unidad diplomática, externa o internacional, consignada en tratados celebrados con Inglaterra, con Brasil, con Francia, etc., cuyos actos formarán parte de la Constitución externa del país, sea cual fuere. 7) La unidad de glorias y de reputación. 8) La unidad de colores simbólicos de la República Argentina. 9) La unidad de armas o de escudo. 10) La unidad implícita, intuitiva, que se revela cada vez que se dice sin pensarlo: República Argentina, Territorio Argentino, Pueblo Argentino y no República sanjuanina, Nación porteña, Estado santafesino. 11) La misma palabra argentina es un antecedente unitario”. Y más adelante, expresa Alberdi: “Pero veamos ahora los antecedentes también normales y poderosos que hacen imposible por ahora la unidad indivisible del gobierno interior argentino, y que obligarán a todo sistema de gobierno central a dividir y conciliar su acción con las soberanías provinciales, limitadas a su vez como el gobierno general en lo relativo a la administración interior. Son antecedentes federativos de la República Argentina, tanto coloniales como patrios, los siguientes hechos, consignados en su historia y comprobados por su notoriedad: 1) Las diversidades, las rivalidades provinciales, sembradas sistemáticamente por la dominación colonial y renovadas por la demagogia republicana. 2) Los largos interregnos de aislamiento y de independencia provincial, ocurridos durante la revolución. 3) Las especialidades provinciales, derivadas del suelo y del clima, de que se siguen otras en el carácter, en los hábitos, en el acento, en los productos de la industria y del comercio, y en su situación respecto del extranjero. 4) Las distancias enormes y costosas que separan unas provincias de otras, en el territorio de doscientas mil leguas cuadradas, que habita nuestra población de un millón de habitantes. 5) La falta de caminos, de canales, de medios de organizar un sistema de comunicaciones y transportes, y de acción política y administrativa pronta y fácil. 6) Los hábitos ya adquiridos de legislaciones, de tribunales de justicia y de gobiernos provinciales. Hace ya muchos años que las leyes argentinas no se hacen en Buenos Aires, ni se fallan allí los pleitos de los habitantes de las provincias, como sucedía en otras épocas. 7) La soberanía parcial, que la Revolución de Mayo reconoció a cada una de las provincias, y que ningún poder central les ha disputado en la época moderna. 8) Las extensas franquicias municipales y la grande latitud dada al gobierno provincial por el antiguo régimen español, en los pueblos de la República Argentina. 9) La imposibilidad de hecho para reducir sin sangre y sin violencia a las provincias o a sus gobernantes al abandono espontáneo de un depósito que, conservado en un solo día, difícilmente se abandona en adelante: el poder de la propia dirección, la soberanía o libertad local. 10) Los tratados, las ligas parciales, celebradas entre varias provincias entre sí durante el período de aislamiento. 11) El provincialismo monetario, de que Buenos Aires ha dado el antecedente más notable con su papel moneda de provincia. 12) Por fin, el acuerdo de los gobiernos provinciales de la Confederación, celebrado en San Nicolás, el 31/5/1852, ratificando el Pacto Litoral de 1831, que consagra el principio federativo de gobierno” (ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, cap. XVII, de especial importancia y que tituló Bases y puntos de partida para la constitución del gobierno de la República Argentina).

es la esencia misma del gobierno. Después expresa: “La federación o unidad, es decir, la mayor o menor centralización del gobierno general, son un accidente, un accesorio subalterno de la forma de gobierno. Este accesorio, sin embargo, ha dominado toda la cuestión constitucional de la República Argentina hasta aquí”. Como se comprenderá, a la luz de los actuales conceptos en derecho público, que distinguen con claridad las formas de gobierno de las formas de Estado, es ahora incorrecto hablar del federalismo como un accesorio de la forma de gobierno republicana. Después agrega el pensador tucumano: “Las cosas han hecho prevalecer el federalismo como regla del gobierno general. Pero la voz federación significa liga, unión, vínculo. Como liga, como unión, la federación puede ser más o menos estrecha. Hay diferentes grados de federación según esto”. Y seguidamente se pregunta: ¿Cuál será el grado conveniente a la República Argentina?, respondiéndose: “Lo dirán sus antecedentes históricos y las condiciones normales de su modo de ser físico social”; y más adelante: “Estando a la ley de los antecedentes y al imperio de la actualidad la República Argentina será y no podrá menos de ser un Estado Federativo, una República nacional, compuesta de varias provincias, a la vez independientes y subordinadas al gobierno general creado por ellas”. Por eso indica luego que “La idea de una unidad pura debe ser abandonada de buena fe, no por vía de concesión sino por convencimiento. Es un hermoso ideal de gobierno, pero en la actualidad de nuestro país, imposible en la práctica”. Y casi al concluir el capítulo escribe: “La unidad no es el punto de partida, es el punto final de los gobiernos; la historia lo dice y la razón lo demuestra”. Nosotros, más allá del respeto y reconocimiento que le tributamos al padre de nuestro derecho público, advertimos aquí lo que más adelante observaremos en detalle: su preferencia por una forma unitaria, lo que obviamente no podemos compartir con relación a nuestro país.

En el cap. XX, titulado “Continuación del mismo asunto. Origen y causas de la descentralización del gobierno de la República Argentina”, Alberdi indica que la descentralización política y administrativa de nuestro país reconoce dos orígenes: uno mediato y anterior a la revolución y otro inmediato y dependiente de este cambio. En el primer aspecto señala al antiguo régimen municipal español, pues los cabildos representaron el “primer grado de existencia del poder representativo provincial”. Y en cuanto al origen inmediato, sostiene que aquí ocurrió lo mismo que en la Península, donde el pueblo sin su rey “asumió el poder y lo delegó en juntas o gobiernos locales. La soberanía local tomó entonces el lugar de la soberanía general acéfala y no es otro, en resumen, el origen inmediato del federalismo o localismo republicano en las provincias del Río de la Plata”¹⁷.

En el cap. XXI, titulado “Continuación del mismo asunto. La federación pura no es posible en la República Argentina. Cuál federación es practicable en

aquel país”, el prócer dice que la federación pura es irrealizable de la misma manera que la unidad pura de 1826 también lo fue. Y expresa seguidamente: “Una simple federación no es otra cosa que una alianza, una liga eventual de poderes iguales e independientes absolutamente. Pero toda alianza es revocable por una de las partes contratantes, pues no hay alianzas perpetuas e indisolubles”. De ahí que para fundamentar su idea del sistema mixto de federación recurriera al ejemplo norteamericano y escribiese que dicha federación “...no es una simple federación, sino federación compuesta, una federación unitaria y centralista (...). Se sabe que ella fue precedida de una confederación o federación pura y simple...”. También agregaba al final del capítulo esta frase: “Europa misma nos ofrece dos ejemplos en su apoyo: la Constitución helvética del 12/9/1848 y la Constitución germánica ensayada en Frankfurt al mismo tiempo, en que esas dos confederaciones de Europa han abandonado el federalismo puro por el federalismo unitario, que proponemos”.

Esto nos permite aseverar que Alberdi confundía la idea de federación pura con la de confederación, lo que ahora no ocurre, pues entre las formas federativas, la confederación se caracteriza especialmente por la posibilidad del ejercicio de los derechos de “secesión” y “nulificación”, lo que no está reconocido como facultad de los estados de una Federación. Ya sabemos que ésta es una “unión indestructible de Estados indestructibles”, como lo sentenció la Corte Suprema de Justicia norteamericana en el célebre caso “Texas v. White” y lo reiteró nuestro más alto tribunal en 1937. Además, también resulta sorprendente su concepto de la forma de Estado norteamericana como “federación compuesta” y federación “centralista y unitaria”, que hoy resulta notoriamente desacertado e incluso contradictorio.

En el cap. XXII, titulado “Idea de la manera práctica de organizar el gobierno mixto que se propone, tomada de los gobiernos federales de Norteamérica, Suiza y Alemania. Cuestión electoral”, se propone seguir los ejemplos indicados y en particular al primero de ellos, destacando la importancia de las dos cámaras y su distinto origen, como la mejor manera de lograr el sistema mixto, pero con preeminencia del gobierno central o general.

En el cap. XXIII, titulado “Continuación del mismo asunto. Objetos y facultades del gobierno general”, después de señalar el principio de la distribución de facultades entre los distintos órdenes gubernamentales, se advierte nuevamente su preferencia por el unitarismo y por el mayor poder del gobierno general. En efecto, Alberdi expresa: “...La federación, lo mismo que la unidad, supone el abandono de una cantidad de poder local, que se delega al poder federal o central. Pero no será gobierno general el gobierno que no ejerza su autoridad, que no se haga obedecer en la generalidad del suelo del país y por la generalidad de los habitantes que lo forman, porque un gobierno que no gobierna es una palabra que carece de sentido”. Y más adelante dice: “La unión argentina constituye nuestro pasado de doscientos años y forma la base de nuestra existencia verdadera. Sin la unión de los intereses argentinos, no habrá provincias argentinas, ni pueblo argentino: habrá riojanos, cuyanos, porteños, etc., no argen-

¹⁷ Ésta es la opinión que mencionábamos en el punto I de este trabajo, en el debate sobre las causas y orígenes de nuestra forma de Estado. ¡Llegaron los GIGAS que tu celu pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar

sea provincial, es decir, pequeño, oscuro, miserable provincial, en fin aunque la provincia se apellide Estado". "Sólo es grande lo que es nacional o federal. La gloria que no es nacional, es doméstica, no pertenece a la historia".

No podemos compartir estas expresiones alberdianas, que sólo encuentran su explicación como dice Ricardo Haro¹⁸ en: a) la controversia entre los intereses portuarios y los del interior, donde él imaginaba estos últimos defendidos por el gobierno central; b) en su concepto sobre la búsqueda del progreso que le hacía privilegiar al gobierno general; c) su fuerte temor a la desunión que podría producir un federalismo mal entendido; d) su idea de fortalecer el poder en dos aspectos: al ejecutivo sobre los otros dos poderes y al gobierno general sobre los provinciales, y e) su visión acerca del federalismo como una transición hacia un gobierno unitario.

¹⁸ Conf. HARO, Ricardo, "El pensamiento de Juan Bautista Alberdi y el derecho público provincial", en *Libro de homenaje a Juan Bautista Alberdi*, t. II, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, ps. 18/19. El profesor Haro, en su documentado estudio con relación a la idea de Alberdi sobre el sistema mixto, cita la opinión de Dardo Pérez Guillou, quien afirma: "...en donde mejor se percibe la preocupación de Alberdi para lograr la unidad federativa con predominio unitario es en sus proyectos de Constitución para la Argentina y para Mendoza". Y en el proyecto de Constitución Nacional menciona los arts. 15, 45, 67, inc. 5º, 68, incs. 1º, 2º, 3º, 4º y 7º; 70, inc. 2º, 104 y 107. En cuanto al proyecto de Constitución para Mendoza, la cláusula más notable en tal sentido, porque supeditaba la provincia al gobierno federal, según el autor mendocino, es el inc. 10 del art. 35, que trata de las atribuciones del gobernador y dice así: "Envía al Congreso Nacional y al presidente de la República, copias auténticas de todos los actos que sanciona la sala provincial, para examinar sin son conformes o contrarios a la Constitución común, a los impuestos nacionales, a los tratados internacionales, o a los derechos de las otras provincias" (conf. cit., ps. 17/18). A su vez, en cuanto a su concepto del federalismo como transición hacia el unitarismo, Haro nos recuerda las cartas de Alberdi a su amigo Juan María Gutiérrez y, en especial, a Félix Frías, a quien escribe desde Valparaíso con fecha 30/8/1853, y donde haciendo mención al libro que acaba de publicar sobre derecho público local, le dice: "...Es una revista seria del sistema absurdo de nuestras instituciones de provincias, y el plan de las que deben prevalecer para que haya un Estado común y general. Es centralista por la tendencia, bajo apariencias de localismo"; y además le escribe el 7/4/1863, criticando la reforma de 1860: "Por mi parte cada día detesto más a la dichosa federación, y con más gusto trabajaría para ver abolido del todo en nuestro país ese infernal sistema, que tiene convertido en cementerios a México, Centro América, a Venezuela y Nueva Granada, y por fin, al bello país de su mismo origen los Estados Unidos (...) Vergüenza me da el pensar que el federalismo argentino que yo consideré como un régimen de transición hacia la consolidación, nos haya más bien llevado por la reforma hacia la disolución o desmembración, de que considero amenazado a nuestro país más inminentemente que nunca" (cit., ps. 14/15, donde se menciona la obra de Alberdi "Cartas inéditas a Juan María Gutiérrez y a Félix Frías", Luz del Día, Buenos Aires, 1953, ps. 272 y 281). En relación con este punto, finalmente Haro recuerda dos reflexiones de Alberdi: una en sus *Escritos Póstumos* (p. 244, en su nota 11), donde expresara: "Gobierno nacional significa gobierno único y sólo para toda la nación", y otra, de 1866, donde respondiendo a su inquietud de por qué la revolución de América no alcanzará la centralización tan pronto como la Revolución Francesa, responde: "La Revolución Francesa era esencialmente centralista y unitaria en el hecho de trabajar contra el feudalismo y el provincialismo. Era un paso hacía delante de un movimiento de centralización que contaba con ocho siglos de elaboración. La revolución en América, era un movimiento esencialmente descentralizador, desde que tenía por objeto desmembrar poderes que aunque situados en Europa se integraban por países americanos" (conf. cit., p. 15).

En el cap. XXIV, titulado "Continuación del mismo asunto. Extensión de las facultades y poderes del gobierno general", insiste sobre el alcance de estas facultades y reitera su idea acerca de una "federación mixta", o sea, una "unidad federativa" o una "federación unitaria", ya que en su visión no podían darse los tipos puros y debía seguirse el modelo norteamericano. Pero también indica que para nuestro caso debía centralizarse aún más el sistema a adoptar. Veamos sus palabras al respecto: "Bajo el gobierno español, nuestras provincias compusieron un solo virreinato, una sola colonia. Los Estados Unidos, bajo la dominación inglesa, fueron tantas colonias o gobiernos independientes absolutamente unos de otros como Estados. Cada estado de Norteamérica era mayor en población que toda la actual Confederación Argentina; cada provincia de ésta es menor que el condado o partido en que se subdividen aquellos estados. Este antecedente, por ejemplo, hará que en la adopción argentina del gobierno compuesto de la América del Norte, entre más porción de centralismo, más cantidad de elemento nacional, que en el sistema de Norteamérica".

Analizado el pensamiento alberdiano sobre federalismo en las *Bases*¹⁹, como fuente directa e inmediata de la Constitución de 1853, nos interesa agregar que la "base" de dicha obra provino de los ideales que preconizara como miembro conspicuo de la Generación de 1837, como lo ha destacado en un reciente estudio Olsen A. Ghirardi²⁰.

El germen de su pensamiento fue acuñado junto a sus amigos Esteban Echeverría y Juan María Gutiérrez en el Salón Literario de Marcos Sastre, que se continuó más tarde en la Asociación de la Joven Argentina o Asociación de Mayo, donde Echeverría, que la presidió, leyera su *Credo*, sus palabras simbólicas, a mediados de 1838.

Pero fue el 1/1/1839 cuando —ya en el exilio en Montevideo— Alberdi publicará dichas palabras simbólicas, conocidas como el *Dogma socialista*, de las que destacamos especialmente la nro. 13, que fuera por él redactada y que es la que contiene su pensamiento sobre nuestra forma de Estado, que después desarrollará más extensamente en las *Bases*.

Dicha palabra simbólica en verdad es el siguiente extenso título: "Abnegación de las simpatías que puedan ligarnos a las dos grandes facciones que se han disputado el poderío durante la Revolución", que después fuera sintetizado

¹⁹ Porque también se refirió a esta amplia y compleja materia en otras de sus conocidas obras, como v.gr., sus "Elementos de derecho público provincial" o su "Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina", etc., en las que no nos podemos detener en razón de brevedad.

²⁰ Nos referimos al estudio de GHIRARDI, Olsen A., *De la escuela del Salón Literario (1837) a la Constitución Nacional (1853)*, todavía inédito, donde el presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ilustra acabadamente sobre la importancia de dicha Generación de 1837, a la que caracteriza como una verdadera escuela, que influyera notablemente en la sanción de nuestra Ley Suprema a través de Alberdi, con sus *Bases*, que sirvieran como directo antecedente que utilizaron los Constituyentes, y de Juan María Gutiérrez, que integrara la Comisión de Redacción de la Convención de Santa Fe.

así: “Desvinculación de las grandes facciones del pasado”. Allí está concretado el propósito de superación de los conflictos de unitarios y federales, además del análisis sobre la forma de Estado, donde ya produce la enumeración de los antecedentes tanto unitarios como federales que después prácticamente repetirá en las *Bases* ²¹.

Para finalizar este acápite, efectuaremos algunas reflexiones que sumamos a las que adelantamos a medida que analizábamos el pensamiento alberdiano.

Para nosotros se aprecia en esta materia el realismo que lo caracterizara y que lo llevó a diseñar un federalismo vernáculo, sobre la base de la Constitución norteamericana, pero con una evidente potenciación de las atribuciones del gobierno federal —al que denominaba como general o central—, como lo veremos en otro punto de este estudio cuando comparemos ambas leyes supremas. Creemos que su inteligencia le hizo admitir el triunfo de la causa federal, pero que su corazón estaba más cerca de las ideas unitarizantes y centralistas, que consideraba más eficaces para alcanzar su idea de progreso. Esto se deduce de su idea de adopción del federalismo como transición hacia el unitarismo.

Por ello y más allá de los errores conceptuales que hemos señalado en su pensamiento a la luz de la doctrina moderna, estimamos que siempre será imprescindible conocer sus opiniones, pues han gravitado enormemente en nuestro derecho público y porque reflejan su notable talento.

Con el respeto debido que antes hemos manifestado por el ilustre padre de nuestro derecho público, expresamos por último que siendo hoy la descentralización del poder una de las ideas fuerza de los Estados constitucionales y democráticos de Occidente y uno de los caminos a recorrer junto al de la integración para enfrentar los desafíos de la globalización ²², su visión sobre el federalismo no tuvo la clarividencia que sí alcanzó en otros aspectos abordados en las mismas *Bases* y especialmente, en su obra *El crimen de la guerra*, de sorprendente actualidad, cuando incluso preconizara la creación de un tribunal internacional además de la integración entre las naciones.

No podemos finalizar este análisis de su pensamiento sobre esta materia sin hacer una referencia a las principales normas respectivas que redactara en su *Proyecto de Constitución*, en la segunda edición de las *Bases*, que, como se advertirá, servirá luego de fuente inmediata del texto constitucional consagrado en 1853:

²¹ Conf. GHIRARDI, Olsen A., *De la escuela del Salón Literario...*, cit., punto IV, donde se expresa: “Estamos convencidos que el núcleo de los principios abrazados por los principales miembros de la Escuela del Salón Literario y el desarrollo que tuvieron, incluido indudablemente el propio Dogma, fueron la base de las Bases”. Además de señalar el problema del federalismo, adelantado en la palabra simbólica 13, indica el autor que todo “el esquema del trabajo” de las *Bases*, “el estudio de las necesidades del país”, “el problema del desierto y la población”, “el de la comunicación, los ferrocarriles y las vías navegables”, “el de la educación”, etc., todo ello había sido tratado en la Escuela” (conf. cit., inédita).

²² Como lo desarrollamos en HERNÁNDEZ, Antonio M., *Integración y globalización: Rol de las regiones, provincias y municipios*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

En el art. 1° expresó sobre la forma de Estado y la regla de distribución de competencias: “La República Argentina se constituye en un Estado federativo, dividido en provincias, que conservan la soberanía no delegada expresamente, por esta Constitución, al gobierno central”.

En el art. 2°, sobre forma de gobierno y capital: “El gobierno de la República es democrático, representativo, federal. Las autoridades que lo ejercen tienen su asiento (...), ciudad que se declara federal”.

En el art. 5°, sobre intervención federal: “Interviene sin requisición en su territorio al solo efecto de restablecer el orden perturbado por la sedición”.

En el art. 7°, sobre las constituciones provinciales y su revisión por el Congreso: “La Confederación garantiza la estabilidad de las constituciones provinciales, con tal que no sean contrarias a la Constitución general para lo cual serán revisadas por el Congreso antes de su sanción”.

Los arts. 6° y 8° a 15, sobre el valor de los actos públicos de una provincia, imposibilidad de establecer aduanas interiores, ciudadanía provincial, extradición, formación de nuevas provincias y supremacía constitucional, también se reflejaron en el texto de 1853.

El art. 40 del Proyecto, sobre el Poder Legislativo, estableció: “Un Congreso federal compuesto de dos Cámaras: una de Senadores de las provincias, y otra de Diputados de la Nación, será investido del Poder Legislativo de la Confederación”.

El genial tucumano proyectó la elección de un senador efectivo por cada provincia (art. 53), con seis años de mandato (art. 56), y otorgó a dicho cuerpo la iniciativa sobre las reformas de la Constitución (art. 60).

En cuanto a las competencias del Congreso, en el art. 67, inc. 5°, le atribuyó: “Legislar en materia civil, comercial y penal”.

A su vez, en cuanto a las competencias del presidente, en el art. 85, inc. 3°, postuló: “Es el jefe inmediato y local de la ciudad federal de su residencia”.

Respecto de las competencias de los tribunales federales del Poder Judicial, en el art. 98 indicó entre otras, la siguiente: “Conocen igualmente de las causas ocurridas (...) entre una provincia y sus propios vecinos...”.

Ya en la secc. 2ª, que titulara “Autoridades o gobiernos de provincia”, proyectó estos artículos:

El art. 99, sobre distribución de competencias: “Las provincias conservan todo el poder que no delegan expresamente a la Confederación”; los arts. 100 y 101 sobre autonomía, que expresaron respectivamente: “Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas”, y “Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del gobierno general”. Y en este aspecto, pero vinculado a la sanción de las constituciones provinciales, prescribió en los arts. 102 y 103, respectivamente: “Cada provincia hace su Constitución, pero no puede alterar en ella los principios fundamentales de la Constitución general del Estado”, y “A este fin, el Congreso examina toda Constitución provincial antes de ponerse en ejecución”.

Por último, sus arts. 104 a 107, sobre tratados interprovinciales, facultades prohibidas a las provincias, resolución de quejas y conflictos provinciales y la consagración de los gobernadores como agentes naturales del gobierno general, también sirvieron de antecedentes de los artículos sancionados en el texto de 1853.

Se observa entonces del análisis de estas normas alberdianas sobre federalismo que:

a) Su modelo esencial fue la Constitución norteamericana de 1787, pues de allí emergen los similares grandes principios de nuestra Federación en cuanto a la distribución de competencias entre el gobierno federal y las provincias, y en cuanto al Senado.

b) Sin embargo se apartó de dicho modelo para consagrar una federación más centralizada, como surge de estos aspectos: 1. La revisión de las constituciones provinciales por parte del Congreso. 2. La facultad de sancionar los códigos de fondo por parte del Congreso. 3. La competencia de los tribunales federales para resolver los conflictos entre una provincia y sus vecinos. 4. Las demás diferencias que mencionaremos más adelante entre nuestra federación y la norteamericana, según la opinión de Arturo M. Bas. 5. Por sus particulares conceptos antes referidos.

III. EL FEDERALISMO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1853

Como es sabido, los convencionales de Santa Fe de 1853 sancionaron nuestra Ley Suprema teniendo como precedente el modelo norteamericano de 1787, según manifestaciones de Gorostiaga y Gutiérrez, que había establecido una república presidencialista como forma de gobierno y el federalismo como forma de Estado, además de otro antecedente directo e inmediato: el libro las *Bases* antes referido, que igualmente se fundaba en aquel modelo, aunque con las diferencias que acabamos de señalar.

Como inmediatamente veremos, resulta evidente que en el texto de 1853 fue determinante en el diseño del federalismo la influencia alberdiana, que estuvo especialmente representada por su amigo Juan María Gutiérrez, que fue uno de los más destacados miembros de la Comisión Redactora. Por razones de brevedad no podemos realizar un análisis más exhaustivo de la comparación entre cada una de las normas que observáramos del Proyecto de Constitución de Alberdi y el texto sancionado por la Convención Constituyente en 1853.

Pero de todas maneras, es notoria la similitud entre ambos instrumentos en materia de federalismo, como se aprecia especialmente en los arts. 1° a 15, y 99 a 107, proyecto incorporado en la segunda edición de las *Bases*, y los correspondientes a los arts. 1° a 13 (forma de Estado federal), 32 (Congreso), 42 (Senado), 64, incs. 11 (atribución del Congreso para sancionar los códigos de fondo) y 28 (atribución del Congreso para revisar las constituciones provinciales), 83, inc. 3° (atribución del presidente como jefe inmediato y local de la Ca-

pital Federal), 97 (competencia de los tribunales federales para resolver los conflictos entre una provincia y sus vecinos), y 101 a 107 del Tít. II sobre gobiernos de provincia del texto constitucional sancionado en 1853. En consecuencia, expondremos seguidamente de manera sintética la consagración del federalismo como forma de Estado en dicha instancia originaria.

De conformidad con los principios de la federación norteamericana, nuestro Estado comportó la coexistencia de distintos órdenes estatales y gubernamentales, el federal y los provinciales, con una distribución de competencias que otorga al primero sólo las facultades delegadas en forma expresa o implícita, mientras que a las provincias les corresponden las facultades residuales, además de su propia autonomía en lo institucional (poder constituyente), político, financiero y administrativo. Nos parece conveniente reproducir algunas normas de fundamental importancia y referir otras para comprender esa primera versión normativa de nuestro federalismo, de innegable influencia alberdiana.

En primer lugar, en el notable Preámbulo se hizo referencia a la Confederación Argentina y a la reunión de su Congreso General Constituyente "...por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes..."

Luego, en el art. 1°, se estableció: "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, según lo establece la presente Constitución".

El art. 3° prescribió: "Las autoridades que ejercen el gobierno federal residen en la ciudad de Buenos Aires, que se declara capital de Confederación por una ley especial".

El art. 5° dispuso: "Cada provincia confederada dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria gratuita. Las constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación. Bajo de estas condiciones, el gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".

El art. 6° ordenó: "El gobierno federal interviene con requisición de las legislaturas o gobernadores provinciales, o sin ella, en el territorio de cualquiera de las provincias, al solo efecto de restablecer el orden público perturbado por la sedición o atender a la seguridad nacional amenazada por un ataque o peligro exterior".

El art. 41 expresó sobre las facultades de la Cámara de Diputados en el juicio político: "Sólo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente y vicepresidente de la Confederación y a sus ministros, a los miembros de ambas Cámaras, a los de la Corte Suprema de Justicia y a los gobernadores de provincia, por delitos de traición, conclusión, malversación de fondos públicos, violación de la Constitución, u otros que merezcan pena infamante o de muerte, después de haber conocido de ellos a petición de parte o de algunos de sus miembros y declarado haber lugar a la formación de causa por mayoría de dos

El art. 42 indicó: “El Senado se compondrá de dos senadores de cada provincia, elegidos por sus legislaturas a pluralidad de sufragios, y de dos por la Capital, elegidos en la forma prescripta para la elección del presidente de la Confederación. Cada senador tendrá un voto”.

En el art. 64 sobre Atribuciones del Congreso, se estableció en el inc. 11: “Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, y especialmente leyes generales para toda la Confederación sobre ciudadanía y naturalización...”, y en el inc. 28: “Examinar las constituciones provinciales y reprobadas, si no estuviesen conformes con los principios y disposiciones de esta Constitución...”.

En el art. 83, sobre Atribuciones del Ejecutivo, se consignó en el inc. 3º: “Es el jefe inmediato y local de la capital de la Confederación”.

En el art. 97, sobre Atribuciones del Poder Judicial, se dijo: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Confederación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Confederación, con la reserva hecha en el inc. 11 del art. 64 y por los tratados con las naciones extranjeras, de los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia, de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros, de las causas del almirantazgo y jurisdicción marítima; de los recursos de fuerza; de los asuntos en que la Confederación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia y sus vecinos; y entre una provincia y contra un Estado o ciudadano extranjero”; y en el art. 98, sobre la competencia de la Corte Suprema de Justicia: “En estos casos, la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación, según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, en los que alguna provincia fuese parte y en la decisión de los conflictos entre los poderes públicos de una misma provincia, la ejercerá originaria y exclusivamente”.

En el art. 101 se prescribió la norma básica en la distribución de competencias, de la siguiente manera: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

El art. 102 expresó: “Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del gobierno federal”.

El art. 103 ordenó: “Cada provincia dicta su propia Constitución, y antes de ponerla en ejercicio, la remite al Congreso, para su examen, conforme lo dispuesto en el art. 5º”.

Asimismo, se establecieron las facultades concurrentes para la federación y las provincias (art. 104) y las prohibidas para las provincias (art. 105), como así también los conflictos interprovinciales (art. 106) y que los gobernadores

provinciales son agentes naturales del gobierno federal para cumplir la Constitución y las leyes de la Nación (art. 107, o sea, el último artículo del texto constitucional de 1853).

Se aseguró la libertad de comercio y se prohibieron las aduanas interiores (arts. 9º a 12) y se posibilitó la formación de nuevas provincias (art. 13).

Se organizaron un tesoro federal y los respectivos de cada una de las provincias (arts. 4º y 64).

Reiteramos entonces que en esta primera versión normativa del federalismo de 1853 se consagró un modelo más centralizado que el norteamericano, con notoria influencia del pensamiento de Alberdi.

No obstante ello, se advierten algunas diferencias entre el Proyecto de las *Bases* y el texto constitucional, como v.gr., en los agregados que contiene este último, a saber: a) en la competencia del Congreso para juzgar a los gobernadores de provincia por juicio político (art. 41), y b) en la competencia de la Corte Suprema de Justicia para juzgar originariamente los conflictos entre los poderes públicos de una misma provincia, que consolidan aún más la centralización de nuestro federalismo con relación a su modelo norteamericano.

IV. EL FEDERALISMO EN LA REFORMA DE 1860

Luego de la secesión de la provincia de Buenos Aires —que rechazara el Acuerdo de San Nicolás de 1852 y que no estuviera presente en la Convención Constituyente de Santa Fe—, continuaron los conflictos con la Federación Argentina, hasta que se produjo la batalla de Cepeda en 1859, donde el general Urquiza —como jefe de la Confederación Argentina— triunfó y, como consecuencia de ello, se produjo la firma del Pacto de San José de Flores, o Pacto de Unión (11/11/1859), y luego el Pacto Complementario de Paraná (6/6/1860), que significara la integración de aquella provincia a la Federación, previa reforma de la Constitución Nacional de 1853.

Dicha reforma se produjo por un procedimiento especial, distinto al previsto en el texto de 1853, por lo que algunos constitucionalistas²³ sostienen que se trató también del ejercicio de un poder constituyente originario, en lugar de uno derivado, y por eso designan a nuestra Ley Suprema como de 1853 y 1860.

Más allá de esta cuestión, interesa resaltar que dicha reforma produjo veintidós importantes modificaciones²⁴, de las que sólo analizaremos las vinculadas a nuestro tema. En este sentido es notorio que la intención fue la de afirmar una mayor descentralización del poder y, por lo tanto, de las autonomías provinciales, atenuándose la influencia alberdiana, para volver a una mayor cercanía al modelo norteamericano, según lo postulaba Domingo Faustino Sarmiento²⁵.

²³ Como Carlos Sánchez Viamonte, Germán José Bidart Campos y Alberto Demicheli.

²⁴ Conf. DEMICHELI, Alberto, *Formación nacional argentina*, cit., ps. 364 y ss.

²⁵ El polifacético Sarmiento, educador y maestro de América, fue también un destacado

En este aspecto, podemos mencionar las siguientes reformas: a) En el art. 3º, que fijaba a Buenos Aires como Capital de la República, se estableció el mismo principio del art. 13, o sea, el de la integridad territorial en la creación de nuevas provincias, lo que importó que el territorio de la Capital Federal debía ser determinado por una ley del Congreso, previa cesión de los territorios respectivos por parte de la Legislatura de la o las provincias en cuestión.

constitucionalista, como lo demostrara en su libro *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, en sus apasionados y formidables debates con Alberdi, en sus opiniones en los diversas magistraturas públicas que ocupara y en el dictado de la primera cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Postuló un mayor seguimiento de la Constitución, la jurisprudencia y el federalismo norteamericanos, pues con su visión racionalista pensaba que así como en aquel país habían tenido especial éxito dichas instituciones, lo mismo debía ocurrir aquí. Además, ya había adelantado algunas de sus ideas y propuestas en ese libro de antología de nuestra literatura que es el *Facundo*.

Así como Alberdi fue el intelectual que influenció a los constituyentes de 1853, podemos decir que Sarmiento ocupó dicha posición respecto de los constituyentes de 1860.

Aunque ambos formaron parte de la notable Generación de 1837, después produjeron algunos de los más célebres, profundos y ejemplares debates de toda nuestra historia. Alberdi luchó denodadamente en contra de los "porteños" —donde ubicaba a Sarmiento—, en defensa del "interior". Por eso criticó duramente a la reforma de 1860, y después, los hechos posteriores a la batalla de Pavón, que significaron el liderazgo de Buenos Aires, en sus libros *Grandes y pequeños hombres del Plata y La República Argentina consolidada en 1880 con la ciudad de Buenos Aires por capital*. Sin embargo, sostuvo Carlos S. A. Segreti ("El pensamiento político de los hombres del interior desde la Revolución de Mayo hasta promediar el siglo XIX —Gorriti, Zavalía, Solá, Brizuela y Sarmiento—", en *Historia y evolución de las ideas políticas y filosóficas argentinas*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias de Córdoba, 2000, ps. 127 y ss.) que Sarmiento también tenía prevenciones contra los porteños. Recordamos además, en tal sentido, que en el momento más crítico del enfrentamiento que separaba a Buenos Aires de la Confederación, pronunció una de sus grandes frases: "Soy porteño en las provincias, provinciano en Buenos Aires y argentino en todas partes".

Nosotros, que creemos fervientemente en el federalismo y en general en la descentralización del poder, valoramos profundamente tanto las denuncias de Alberdi contra la hegemonía porteña y en defensa del interior, como las ideas de Sarmiento para la Convención de 1860 a favor de un federalismo más descentralizado que el de 1853, al consagrar una mayor autonomía de las provincias. En este último aspecto no dudamos en imaginar que ello se debió a una defensa particular de los intereses de la provincia de Buenos Aires, más que a una definitiva coherencia del sanjuanino en materia de federalismo. En consecuencia, bajo el análisis objetivo de la normativa en estudio, nos resulta por demás evidente que se consagró un federalismo más descentralizado en 1860, como lo hemos destacado. Expresamos, asimismo, que en la compleja historia argentina no resulta fácil precisar la dicotomía de "unitarios" y "federales" o la de "porteños" y "provincianos", pues dichas caracterizaciones requieren de finas y precisas distinciones y aclaraciones para no caer en graves equívocos. Por otra parte, estimamos que nuestro problema histórico se encuentra especialmente abarcado en el estudio de la dramática relación entre Buenos Aires y el interior del país. No podemos finalizar esta brevísima referencia a estas dos gigantescas personalidades de nuestra historia argentina y americana —Alberdi y Sarmiento— sin dejar de expresar nuestro sentido homenaje a ellas, como a los Constituyentes y a los que contribuyeron a la sanción de la Constitución Nacional, especialmente el general Justo José de Urquiza, a pocos años de la celebración del Sesquicentenario, que nos encuentra sumergidos en una decadencia muy lejana de los ideales que los prohombres de la nacionalidad preconizaron. Ojalá que sus ejemplos de patriotismo y entrega sin condiciones a la causa de la argentinidad sirva para iluminar las actuales y futuras generaciones de argentinos.

¡Llegaron los GIGAS que tu celu pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar

b) En el art. 5º se suprimieron dos requisitos fijados para el ejercicio de la autonomía provincial: uno, la revisión de las constituciones por parte del Congreso de la Nación (también contemplada en los arts. 64, inc. 28, y 103), y otro, la gratuidad de la enseñanza primaria.

c) En el art. 6º, sobre intervención federal, se precisó la redacción de las causales de intervención para reducir el arbitrio de las autoridades federales, indicándose la necesidad de una previa requisición por parte de las autoridades provinciales al gobierno federal, para su sostenimiento en caso de sedición o de invasión de otras provincias.

d) Se agregó el art. 32, que prohíbe al Congreso restringir la libertad de imprenta o establecer sobre ella la jurisdicción federal.

e) Se estableció en el art. 34 la incompatibilidad en el ejercicio de los cargos de miembros de las Cortes de Justicia federales y los tribunales provinciales.

f) Se modificaron los arts. 36 y 41 (que después fueron el 40 y 47) en cuanto a los requisitos para ser legislador, agregándose a la edad y la ciudadanía, la de ser "natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella".

g) Se excluyó del art. 41 (después art. 45) a los gobernadores, que estaban sujetos en el juicio político al Congreso de la Nación.

h) En el art. 64 (después art. 67), sobre atribuciones del Congreso, luego de la facultad de sancionar los Códigos, se agregó lo siguiente: "...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 en el inc. 28 se suprimió la facultad del Congreso de examinar las constituciones provinciales.

i) Se suprimió en los arts. 97 y 98 (después 100 y 101) la atribución del Poder Judicial federal de resolver las causas entre una provincia y sus vecinos, y de la Corte Suprema en particular, de decidir sobre los conflictos entre los poderes públicos de una misma provincia.

j) Finalmente mencionamos las reformas a los arts. 4º y 64 (después art. 67) vinculadas a los derechos de exportación y aduanas²⁶, además de las espe-

²⁶ Un tema muy importante como el de la propiedad de las rentas de aduanas, que había separado a la provincia de Buenos Aires del resto de la Federación —ya que aquella las usufructuaba sobre la base del cuantioso producido del puerto de la ciudad de Buenos Aires—, fue resuelto en forma definitiva recién en la reforma constitucional de 1866, que dispuso la federalización de las aduanas y de los derechos respectivos.

En definitiva, a pesar de la trascendencia de esta reforma de 1860, que integrara definitivamente la República Argentina, terminando con la secesión de la poderosa provincia de Buenos Aires, los conflictos entre ella y el gobierno federal continuaron, y luego de la batalla de Pavón, donde triunfara el general Mitre, se produjo el primer gobierno *de facto* de nuestra historia, y a partir de 1862 fue electo presidente dicho jefe de la provincia de Buenos Aires, con lo que el liderazgo de la organización nacional fue ejercido desde dicha provincia. Reiteramos aquí que ello es expresión de este problema estructural no resuelto de Buenos Aires y el país, que atraviesa toda nuestra historia, y que afecta gravemente el funcionamiento de nuestro federalismo.



ciales prerrogativas reconocidas a la provincia de Buenos Aires, en los arts. 31 y 101 (después art. 104), que fueron fruto especialmente del Pacto de Paraná de 1860, donde la Federación debió ceder ante las exigencias de dicha provincia, que no quería la federalización de su aduana.

En este aspecto, no puede dejar de advertirse que Buenos Aires defendió como siempre sus intereses y para ello logró consagrar un diseño constitucional que fortaleció notoriamente las autonomías provinciales, en desmedro de las amplias competencias que se habían reconocido al gobierno federal²⁷.

Alberto Demicheli sostuvo que en 1860 nuestra Constitución presentó “perfiles definidores notablemente federalizados con relación a 1853”, que encontraron sus fuentes en el texto norteamericano de 1787 y en los reclamos de Artigas de 1813²⁸.

Por nuestra parte, también estimamos que dichas reformas profundizaron la descentralización del poder en nuestra Ley Suprema, modificando en parte la fuerte influencia de Alberdi, que se había alejado de manera ostensible del modelo federal norteamericano de 1787.

No obstante dicha reforma, como veremos seguidamente, las diferencias con aquel texto subsistirían, pues no cabe duda de que nuestra Constitución fue una creación genuinamente argentina.

De todas maneras, desde un análisis comparado de los regímenes federales, resulta incuestionable que la letra y espíritu de la Carta Fundamental de 1853 y 1860 consagraran esta forma de Estado, ubicada en las antípodas del unitarismo. Concluimos este punto indicando que aunque nuestro federalismo normativo de esas dos etapas no alcanzara el grado de descentralización del norteamericano en modo alguno se puede hoy hablar de federalismo “mixto” u otra expresión similar, sino de las particulares características del “proceso federal argentino”. El distinguido antecesor en nuestra cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Nacional de Córdoba, Arturo M. Bas²⁹, señaló las siguientes diferencias en esta materia entre los dos textos supremos de los Estados Unidos de América de 1787 y el de nuestro país de 1853-1860:

1º) Por las formas y solemnidades exigidas para la consagración definitiva de la Ley Fundamental, ya que en nuestro caso se consideró suficiente el voto de los representantes del pueblo de las provincias en 1853, mientras que en Estados Unidos, según el art. VII de la Constitución, fue necesaria la ratifi-

²⁷ Como se había efectuado en el texto constitucional de 1853 con la influencia de Alberdi; y por ello éste reaccionó críticamente al comentar la reforma de 1860, según lo observamos en su carta del 7/4/1863 dirigida a Félix Frías. Por razones de brevedad no podemos detenernos en el análisis de uno de los debates más importantes de nuestra historia constitucional, como fue el sostenido por dos próhombres de la nacionalidad: Alberdi y Sarmiento; que hicieron sentir su influencia en las convenciones de 1853 y 1860, respectivamente.

²⁸ Conf. DEMICHELI, Alberto, *Formación nacional argentina*, cit., p. 375.

²⁹ Conf. BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino. Nación y provincia*, t. I, Abeledo, Buenos Aires, 1927, ps. 33/46.

cación por parte de las Legislaturas de nueve estados, o sea dos tercios de los trece existentes, lo que recién se logró en 1791, a cuatro años de su sanción en Filadelfia.

2º) Por la manera en que se reforman ambas constituciones, pues la nuestra establece el sistema de convención previa declaración de la necesidad de la reforma por ambas Cámaras del Congreso en el art. 30, mientras que la norteamericana prescribe que una enmienda puede efectuarse por el Congreso, con el voto de dos terceras partes de cada una de las Cámaras, o por una convención, convocada por el Congreso a pedido de las dos terceras partes de las Legislaturas de los Estados, que requieren además la ratificación por parte de las Legislaturas de tres cuartos de los estados o por convenciones celebradas en tres cuartos de los estados, según el modo de ratificación que elija el Congreso, según lo dispone el art. 5º.

3º) En materia de religión, mientras la nuestra en el art. 2º proclamó el sostenimiento del culto católico apostólico romano, la norteamericana en su 1ª Enmienda ordenó que el Congreso no dictaría leyes sobre un culto religioso.

4º) En relación con la igualdad de los estados, la Constitución norteamericana en el art. 5º *in fine* prescribió: “...que no se privará a ningún Estado, sin su consentimiento, de su derecho a igualdad de sufragio en el Senado”, mientras que nosotros carecemos de dicha importante norma.

5º) En materia de impuestos, pues la Constitución norteamericana en su art. 1º, secc. 2ª, inc. 3º, expresa que los impuestos directos deben distribuirse entre los varios estados, según su población, mientras que la nuestra en el art. 67, inc. 2º (ahora 75, inc. 2º, luego de la reforma constitucional de 1994), estableció la proporcionalidad, no con relación a la población particular de cada provincia, sino buscando su igualdad en todo el territorio de la Nación. Por otra parte, el inc. 5º de la secc. 8ª de dicho art. 1º prohíbe al Congreso norteamericano establecer derechos o impuestos sobre artículos que se exporten de un Estado, mientras la nuestra, en sus arts. 4º y 67, inc. 1º (ahora 75, inc. 1º), enumeró entre las rentas del tesoro federal a los derechos de exportación. Finalmente, nuestra Ley Suprema prohibió a las provincias tener aduanas y percibir derechos de importación o exportación en sus arts. 9º, 10 y 11, mientras que la norteamericana indicó lo contrario por el art. 1º, secc. 10ª, párr. 2º, que dice: “Ningún estado podrá, sin el consentimiento del Congreso, gravar con impuestos o derechos las importaciones o exportaciones, excepto las que fueren absolutamente necesarias para ejecutar sus leyes de inspección; y el producto neto de todos los derechos e impuestos con que un estado grave las importaciones o exportaciones será para el uso del Tesoro de los Estados Unidos; y todas estas leyes estarán sujetas a la revisión y dominio del Congreso”.

6º) En materia electoral, en cuanto a la organización de los poderes federales, en nuestro caso, la atribución es del Congreso; en cambio, en los Estados Unidos, por la mayor descentralización imperante, es competencia de cada uno de los estados. Así lo indican el art. 1º, secc. 2ª, párr. 1º, para la elección de los

miembros de la Cámara de Representantes, y el mismo artículo, secc. 4ª, párr. 1º, además de la Enmienda XVII para la elección de los senadores. Asimismo, el art. 2º, secc. 1ª, párr. 2º, indica lo propio para la elección de presidente y vicepresidente de la Nación, al decir que "...cada estado nombrará, de la manera que su Legislatura lo ordene, un número de electores igual a todo el número de senadores y representantes que el estado tenga derecho en el Congreso".

7º) En cuanto a la representación en el Congreso de la Capital de cada país, mientras que en nuestro caso se la permitió en ambas Cámaras por los arts. 37 y 46 (ahora 45 y 54), en el caso norteamericano se lo impidió inicialmente y sólo hace pocos años por medio de una de las últimas Enmiendas se reconoció dicho derecho para la Cámara de Representantes. Asimismo, luego de la reforma constitucional de 1994, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene reconocida dicha representación en ambas Cámaras, con prescindencia de que siga siendo o no la Capital Federal. En cuanto a ésta, de cambiar su sede en el futuro, tendrá representación de su población en la Cámara de Diputados, según lo dispuesto por el art. 45.

8º) Sobre la legislación de fondo, en nuestro caso existe unidad, ya que su dictado es atribución del Congreso Nacional en virtud de lo que dispuso el art. 67, inc. 11 (ahora 75, inc. 12), mientras que en los Estados Unidos ello no existe, pues dicha competencia corresponde a los estados.

9º) Respecto de las atribuciones de la justicia federal, en causas contra uno de los estados o provincias existe otra importante diferencia, pues mientras nuestra Constitución, en su art. 100 (actual 116), establece dicha competencia al expresar: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas entre una provincia y los vecinos de otra (...) o entre una provincia y sus vecinos contra un Estado o ciudadano extranjero", en el caso norteamericano la solución es la opuesta. En efecto, recuerda Bas que ya al someterse la Constitución a la ratificación de los estados, se objetó que se exponía a cualquiera de ellos a ser demandado por ciudadanos de otro estado, lo que afectaba su poder y dignidad; y en 1793, en el caso "Chisholm v. Georgia", cuando la Corte Suprema aceptó un juicio contra este estado, éste se negó a comparecer, desconociendo la jurisdicción del alto tribunal, en la cual éste insistió. Como otros estados acompañaron al citado en su planteo, se produjo posteriormente la sanción de la Enmienda XI que dice: "El Poder Judicial de los Estados Unidos no se entenderá que pueda extenderse a ninguna causa, en ley o equidad, iniciada o proseguida contra uno de los estados por ciudadanos de otro estado, o por ciudadanos o súbditos de un Estado extranjero".

10) En materia de ciudadanía, nuestra Constitución consagra la unidad al atribuir al Congreso de la Nación en su art. 67, inc. 11 (hoy 75, inc. 12), el dictado de "...leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de la nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina...", mientras que la Constitución norteamericana acepta

además el criterio de las ciudadanía estatales, con la sola limitación de la Enmienda XIV, secc. 1ª, que dice: "Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del estado en que residen...".

11) En la elección de presidente y vicepresidente de la Nación, para el caso de no alcanzarse la mayoría absoluta de votos de los electores, la Constitución Nacional, en sus arts. 82 al 85 (ahora derogados pues se estableció una elección directa), determinaba que el Congreso elegiría dichos altos funcionarios "a pluralidad absoluta de sufragios y por votación nominal". En cambio, en los Estados Unidos, la Enmienda XII prescribe que, en ese caso, quien debe elegir es la Cámara de Representantes, donde "los votos deberán ser tomados por estados, teniendo su voto, la representación de cada uno de los mismos", lo que significa establecer también aquí la igualdad de los estados, evitando el predominio de los de mayor representación.

12) En cuanto a la designación de funcionarios por parte del presidente con acuerdo del Senado, también se observa otra trascendente diferencia, pues mientras en nuestro caso la regla es la excepcionalidad, para los casos indicados, según el art. 86, incs. 5º, 10 y 16 (ahora 99, incs. 4º, 7º y 19), en aquel país dicho acuerdo es la regla ordinaria, ya que el art. 2º, secc. 2ª, párr. 2º, expresa que el presidente "nombrará por y con el consejo y consentimiento del Senado (...) todos los empleados de los Estados Unidos, cuyos nombramientos no estén determinados de otro modo en esta Constitución, y que sean establecidos por ley: pero el Congreso podrá, por ley, conferir el nombramiento de los empleados inferiores, cuando lo tenga por conveniente, al presidente, a los tribunales legales o a los jefes de departamento".

Esta diferencia muestra no sólo la mayor descentralización del poder en el modelo norteamericano, que potencia el rol del Senado, donde están representados igualitariamente los estados, sino además, la concepción alberdiana en torno a los atribuciones presidenciales. Es bien conocido que si bien nuestro prócer siguió aquí los lineamientos de la Constitución de Filadelfia, también consagró mayores poderes de conformidad al modelo de la Constitución chilena de 1833, que perfilaron en definitiva un sistema hiperpresidencialista. Recuérdese que Alberdi en las *Bases* sostuvo que había que dar todo el poder necesario al presidente, pues de éste dependía la suerte de la América del Sur. La modificación de esta importante cuestión, vital para nuestro sistema republicano de división y equilibrio de poderes, fue una de las ideas fuerza de la reforma constitucional de 1994, tema en el que no nos podemos detener porque excede el propósito de este estudio. No obstante ello, y en directa relación con este punto, en dicha convención y en nuestro carácter de convencional, postulamos la ampliación de los cargos que requerían dicho acuerdo senatorial en la designación del presidente.

En efecto, propusimos para el art. 86 un nuevo inciso, el 10 bis, que decía: "Nombrará y remueve, con acuerdo del Senado, a los miembros del directorio del

Banco Central y a todos aquellos funcionarios de organismos de control, para cuya designación las leyes exijan el acuerdo del Senado”³⁰.

13) En materia de intervención federal en las entidades locales, también se advierten diferencias, entre el art. 6° de nuestra Ley Suprema y su antecedente norteamericano del art. 4°, secc. 4ª, porque:

a) En nuestro caso se hace referencia a la intervención en el territorio de las provincias, en los supuestos indicados, mientras que en el caso norteamericano se indica que el gobierno federal debe proteger a los estados o a sus autoridades.

b) En nuestro caso dicha intervención puede llegar a la suplantación de las autoridades locales por parte del comisionado federal, mientras que en aquél la acción tuitiva importa el apoyo a la acción de los gobiernos estatales.

c) El art. 6° invocado autoriza la intervención para reponer a las autoridades derrocadas, mientras que ello no se prescribe en aquella Constitución.

d) Nuestra Constitución asegura al pueblo de cada una de las provincias el goce y ejercicio de sus propias instituciones (art. 5°), mientras que la norteamericana sólo garante una forma republicana de gobierno. Nosotros pensamos que más allá de las pequeñas diferencias observadas entre ambos textos constitucionales en esta materia, la distancia ha sido inconmensurable, pues en nuestro comportamiento institucional la intervención federal ha sido el lamento clásico del federalismo argentino, ya que con violación de la letra y espíritu de la Ley Suprema, éste fue uno de los instrumentos más eficaces para centralizar el país y avasallar las autonomías provinciales, como lo señalamos en nuestro libro sobre “Las emergencias y el orden constitucional”.

14) En relación con los subsidios del gobierno federal, nuestra Carta Fundamental, en su 67, inc. 8° (hoy 75, inc. 9°), estableció dicha atribución del Congreso para las provincias “cuyas rentas no alcancen a cubrir sus gastos ordinarios”, mientras que en aquélla no existe una disposición similar, lo que refleja la mayor independencia de los estados de la Unión.

15) Finalmente, tampoco existe en el texto norteamericano una norma como la del art. 110 (ahora 128), CN, según la cual los gobernadores de provincia son “agentes naturales del gobierno federal” para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación”, que como sabemos, es de difícil interpretación en un Estado federal como el nuestro.

Confirmamos así la opinión que adelantáramos sobre el mayor grado de descentralización del poder consagrado por el texto norteamericano, que con su recta aplicación en más de doscientos años, ha permitido un portentoso y ejemplar desarrollo de su federalismo como forma de Estado.

³⁰ Conf. HERNÁNDEZ, Antonio M. (h). *Reforma constitucional de 1994. Labor del convencional constituyente Antonio María Hernández (h)*, Imprenta del Honorable Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1995, ps. 25/43, donde se transcribe el proyecto obrante en el expte. 72: HERNÁNDEZ, Antonio M., “Proyecto de reforma de la Constitución Nacional conforme los criterios fijados por la ley 24.309”, de dicha Convención Nacional Constituyente, en cuyo art. 19 nos referíamos a las modificaciones del art. 86. en p. 3.

V. EL FEDERALISMO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

1. Introducción

La reforma constitucional de 1994 tuvo como una de sus ideas fuerza la acentuación de la descentralización del poder en nuestro país, como se observa en tres capítulos fundamentales: el federalismo, la autonomía municipal y la ciudad de Buenos Aires³¹.

Esta materia del federalismo es de aquéllas en las que más se observa la distancia entre la “norma” y la “realidad” constitucional, pues a lo largo de la historia argentina se fue produciendo un extraordinario proceso de centralización en el área metropolitana de Buenos Aires, que impidió la vigencia efectiva de los principios federales de la Ley Suprema de 1853 y 1860. Por este motivo, la Convención Nacional Constituyente de 1994 destinó su segundo debate en extensión a esta temática, al abarcar ampliamente sus distintos aspectos, como seguidamente sintetizamos.

2. Aspectos institucionales y políticos del federalismo

a) Los cuatro órdenes de gobierno de la federación argentina

Sostenemos que luego de la reforma constitucional de 1994 existen cuatro órdenes de gobierno en la federación argentina: 1) el gobierno federal, al que la Ley Suprema destina el Tít. I, “Gobierno federal”, arts. 44 a 120, de la 2ª parte; 2) los gobiernos de provincia, regulados en el Tít. II, “Gobiernos de provincia”, arts. 121 a 128, de la 2ª parte; 3) el gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, art. 129, en el Tít. II de la 2ª parte, que tiene naturaleza de ciudad-Estado, distinta de las provincias y municipios, y 4) los gobiernos municipales autónomos, según lo dispuesto por los arts. 5° y 123.

En consecuencia, la reforma ha profundizado la descentralización para el Estado argentino, como fraccionamiento del poder en relación con el territorio.

La consagración constitucional de las autonomías de la Ciudad de Buenos Aires y de los municipios significan incuestionablemente la afirmación del federalismo, por la íntima relación entre estas instituciones.

Asimismo, en la misma línea de fortalecimiento del federalismo, se debe inscribir la posibilidad del nivel regional, para el desarrollo económico y social, pero no como gobierno político de un conjunto de provincias, según lo prescripto por el art. 124 de la Ley Suprema.

Ahora la sociedad federal argentina está integrada por el gobierno federal, veintitrés provincias y la ciudad-Estado de Buenos Aires, que tienen entre sí relaciones federales directas; pues si bien en la reforma se ha consagrado la au-

³¹ Hemos estudiado este tema en HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo, autonomía...*, cit., donde efectuamos un análisis amplio de la descentralización del poder en nuestro país, y obra a la que nos remitimos en razón de la brevedad.

tonomía municipal, por el art. 123, las que deben asegurar dicho régimen si-
guen siendo las provincias.

b) La distribución de competencias

En el fundamental tema de la distribución de competencias en el Estado federal, la reforma constitucional de 1994 no modificó la regla máxima en la materia, que es el antiguo art. 104 —actual 121—, que resumió el derecho histórico de los argentinos, en la expresión de Joaquín V. González.

La circunstancia de que no se debatiesen estas cuestiones, no implica que la Convención haya negado importancia y trascendencia a estos problemas, posiblemente los más difíciles para una federación. Para nosotros, ello implica que los constituyentes dieron por inmovibles los grandes principios fijados por la Ley Suprema de 1853/1860. Tienen plena vigencia los conceptos de Alberdi y Gorostiaga, aceptados por la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido de que las provincias tienen poderes conservados e ilimitados, y el gobierno federal ejercita los delegados en forma expresa o implícita, y, por lo tanto, son poderes limitados.

Es cierto que esta regla sufrió modificaciones, a medida que se fue produciendo el proceso de centralización del país; e incluso la propia jurisprudencia de la Corte Suprema fue admitiendo los avances del gobierno central, como lo han destacado autores como Vanossi, Frías, Bidart Campos, Romero, etc., pero confiamos en los cambios que deberán operarse en el futuro, conforme al mandato constitucional emergente de la reforma de profundizar el federalismo.

En consecuencia, las clasificaciones efectuadas por la doctrina sobre las relaciones de nuestra estructura federal, también mantienen su vigencia. En tal sentido recordamos las relaciones de subordinación (arts. 5° y 31, que establecen la supremacía de la Constitución Nacional), participación (de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires en el gobierno federal, específicamente en el Senado) y coordinación (que es la delimitación de competencias de los gobiernos federal, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires), señaladas oportunamente por Bidart Campos.

Igualmente tienen actualidad distintas clasificaciones de competencias entre gobierno federal y provincias, que podemos sintetizar así: conservadas por las provincias (art. 121); delegadas al gobierno federal (fundamentalmente las expresas de los distintos órganos del gobierno federal, v.gr., arts. 75, 85, 86, 99, 100, 114, 115 y 116, y las implícitas del Congreso, art. 75, inc. 32); concurrentes entre los órdenes gubernamentales (arts. 41, 75, incs. 2°, 17, 18, 19, párr. 1°, y art. 125); compartidas (que requieren la voluntad de los órdenes gubernamentales como la ley-convenio de coparticipación y el órgano fiscal federal, y las transferencias de competencias, servicios y funciones, art. 75, inc. 2°) y excepcionales (para el gobierno federal, en los impuestos directos, art. 75, inc. 2°, y para los gobiernos de provincia, en el dictado de los códigos de fondo hasta

tanto los dicte el Congreso, y en armar buques de guerra o levantar ejércitos en caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación, art. 126).

Además existen competencias prohibidas a las provincias (porque fueron delegadas al gobierno federal); prohibidas al gobierno federal (porque fueron conservadas por las provincias) y prohibidas a todo orden gubernamental (como la concesión de las facultades extraordinarias, de la suma del poder público o sumisiones o supremacías a gobierno o persona alguna, art. 29, o la violación de las declaraciones, derechos y garantías de la parte dogmática de la Ley Suprema).

La reforma constitucional agregó las siguientes competencias al gobierno federal, según la prolija enumeración efectuada por Castorina de Tarquini:

"1) Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado y por ley especial (art. 75, inc. 3°);

"2) Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (art. 75, inc. 19);

"3) Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales, bajo el cumplimiento de determinados requisitos (art. 75, inc. 19);

"4) Aprobar o desechar los nuevos tratados internacionales incorporados por la reforma, esto es, tratados sobre derechos humanos con futura jerarquía constitucional, tratados de integración, normas dictadas por organismos supranacionales y tomar conocimiento de los tratados internacionales celebrados por las provincias (art. 75, incs. 22 y 24, y art. 124);

"5) Legislar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre los derechos humanos (art. 75, inc. 23);

"6) Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo y de la madre durante el embarazo y el período de lactancia (art. 75, inc. 23);

"7) Disponer o decretar la intervención federal (art. 75, inc. 31, y art. 99, inc. 20);

"8) Ejercer la función gubernativa cuya jefatura se reconoce en la persona del presidente de la Nación (art. 99, inc. 1°);

"9) Ejercer la administración general del país, por parte del jefe de gabinete, siendo su responsable político el presidente de la Nación y su órgano de control, la Auditoría General de la Nación (arts. 85, inc. 1°, y 100, inc. 1°);

"10) Dictar bajo determinadas condiciones decretos de necesidad y urgencia, quedando excluidos de dicha normativa lo referido a la materia penal, tributaria, electoral y de partidos políticos (art. 99, inc. 3°);

"11) Hacer recaudar la renta de la Nación y ejecutar la Ley de Presupuesto nacional, facultad del jefe de Gabinete, quien la ejercerá bajo la supervisión del presidente de la Nación (arts. 99, inc. 10, y 100, inc. 7°);

"12) La organización y administración de la justicia. En cuanto a la selección de magistrados se realiza ahora por un órgano especial, el Consejo de la Magistratura, que no cuenta con representación provincial. La designación siempre la realiza el presidente con acuerdo del Senado (arts. 99, inc. 4º, y 114)".

La reforma constitucional también aumentó las competencias exclusivas de las provincias, como lo indicó la destacada investigadora mendocina:

"1) Dictar las constituciones provinciales conforme al art. 5º, asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero (art. 123). Esta disposición perfila el tercer nivel de descentralización política, y recoge así la tendencia cada vez más sólida, del derecho público provincial, en el sentido de reconocer la autonomía municipal.

"2) Crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos para el cumplimiento de sus fines (art. 124);

"3) Celebrar convenios internacionales bajo ciertas condiciones (art. 124);

"4) Ejercer todas aquellas potestades que estén implicadas en el concepto de dominio originario provincial, de los recursos existentes en sus territorios (art. 124);

"5) Ejercer los poderes de policía e imposición sobre los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República (art. 75, inc. 30)".

En cuanto a las facultades concurrentes, la reforma incorporó: los impuestos indirectos internos (art. 75, inc. 2º); las atribuciones vinculadas con los pueblos indígenas argentinos (art. 75, inc. 17), y lo estatuido en la nueva cláusula del progreso o del desarrollo humano (arts. 75, inc. 19, párr. 1º, y 125). Aunque no exista una exacta correlación en el texto de estas dos últimas normas, interpretamos, en forma coincidente con Castorina de Tarquini, que todas las materias mencionadas en el art. 75, inc. 19, párr. 1º, requieren la gestión concurrente de las provincias, y además pensamos que la enunciación genérica del art. 125 comprende la más específica de aquella norma. Asimismo, en el art. 41 se reconoce la facultad de la Nación para dictar "las normas que contengan los presupuestos mínimos" sobre ambiente, y en el art. 75, inc. 19, las "leyes de organización y de base" de la educación, pero para nosotros no se ha modificado la doctrina constitucional anterior sobre el complejo tema de la concurrencia de facultades.

También el art. 125 prescribe que "las provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales", lo que debe interpretarse como una ratificación de los conceptos ya determinados por el art. 14 bis, en una defensa especial de las facultades provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, frente a los embates del gobierno central, que por medio de los pactos fiscales y otras presiones, pretendía el traspaso de las cajas de jubilaciones.

Finalmente, respecto del art. 42, que prevé "la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control", en la "prevención y solución de conflictos" y los

"marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional", también compartimos la opinión de Castorina de Tarquini de que una facultad en principio nacional se puede volver de ejercicio concurrente por voluntad de las provincias que están interesadas en participar. Agregamos que se debe resaltar como otro rastro de profundización del federalismo, que las provincias pueden participar, como en este caso, en organismos nacionales.

En relación con las nuevas competencias compartidas consagradas por la reforma, la estudiosa mendocina indicó: "1) ...el establecimiento del régimen de coparticipación de las contribuciones, el que se realizará por medio de una ley-convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias (...)

2) En la misma disposición constitucional [se refiere al art. 75, inc. 2º] se establece otra facultad de ejercicio compartido, cuando establece que no habrá transferencias de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por la ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la Ciudad de Buenos Aires, en su caso. Es decir que dicha transferencia se operará toda vez que exista acuerdo de voluntades entre los diferentes órdenes de poder político (...)

3) Finalmente, el control y la fiscalización de la coparticipación y de la posible transferencia de servicios, estará a cargo de un organismo fiscal federal, con representación de todas las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires, con lo que dicha función también se ejercerá en forma compartida (art. 75, inc. 2º)"³².

c) El Senado y su rol federal

El Senado es el órgano federal por antonomasia en razón de la representación paritaria de las provincias, según fue instituido por la Constitución Nacional de 1853, siguiendo el antecedente de la Ley Suprema norteamericana. Pero a lo largo de la historia no pudo cumplir adecuadamente su rol federal.

Expresamos en tal sentido en la Convención Nacional Constituyente de 1994: "Señalo la falta de cumplimiento de rol federal por parte del Senado. Y esto se advierte cuando analizamos lo que ha ocurrido con las intervenciones federales, con las leyes de promoción industrial o con las leyes de coparticipación impositiva"³³.

La reforma constitucional de Santa Fe y Paraná ha introducido profundas modificaciones, para que el Senado pueda desarrollar eficazmente el rol institucional correspondiente en nuestra federación. A ello apuntaron: a) la incorporación del tercer senador por cada provincia; b) la elección directa y la reducción del mandato de los senadores, y c) la acentuación de su rol federal.

³² Conf. CASTORINA DE TARQUINI, María C., "El régimen federal y la reforma constitucional", en PÉREZ GUILHOU y otros, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995. cap. XXVI, ps. 351/352.

³³ Hernández, Antonio M., *Reforma constitucional de 1994...*, cit., p. 66.

c.1. La incorporación del tercer senador por cada provincia

El convencional García Lema ubicó al tema —junto a la elección directa de los senadores— dentro de la idea fuerza de la consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático, y el convencional Paixao agregó que con el tercer senador se equilibraba la representación en el Senado, sin variarse la igualdad de representación de las provincias.

Se manifestaron en contra del tercer senador por provincia algunos convencionales y estudiosos de la materia, argumentando una lesión al federalismo, para favorecer la partidocracia y asimilar el Senado a la Cámara de Diputados.

No compartimos dicha crítica, por cuanto no se alteró la esencia del sistema, que es la representación igualitaria de las provincias, que teóricamente puede permitir que las provincias “chicas” definan a su favor en el Senado una votación que fue inversa en la Cámara de Diputados, en razón del peso poblacional de las provincias “grandes”. Pero, además, pensamos que el tercer senador correspondiente a otro partido político, provocará un mejoramiento funcional del Senado en el cumplimiento de su rol federal, ya que se producirá una legítima competencia entre los representantes de la provincia, a los fines de la más eficaz defensa de los intereses regionales y provinciales.

Asimismo, no se puede desconocer la importancia de los partidos políticos en las democracias constitucionales contemporáneas.

Tampoco creemos que con el aumento del número de senadores y con el cambio en su forma de elección, se asemejará a la Cámara de Diputados, pues para nosotros existen grandes diferencias de funciones, número de miembros, caracteres y estilos con ella.

De paso, destacamos que la que tendrá representación en la Cámara de Senadores será la Ciudad de Buenos Aires, conforme su nuevo *status* constitucional, mientras que ello no ocurrirá con la Capital Federal, según el art. 54.

c.2. La elección directa y la reducción del mandato de los senadores

El art. 54 de la Constitución, que corresponde al anterior 48, estableció la elección directa de los senadores, en lugar de la indirecta por las legislaturas provinciales y por el Colegio Electoral en la Capital Federal.

Bien ha dicho Burdeau que la historia de la democracia está resumida en la de los sistemas electorales, y, en consecuencia, a fines del siglo XX no podía mantenerse una elección indirecta, propia del siglo pasado y del “orden conservador” señalado por Natalio Botana.

La tendencia irreversible pasaba por consagrar sistemas de elección directa para los senadores y también del presidente y vicepresidente de la Nación, para asegurar la soberanía popular y la mayor legitimidad democrática, como lo sostuvo el convencional Alfonsín.

Estamos convencidos además de que la elección directa posibilitará una mejor y más auténtica representación de las provincias, frente al sistema anterior, que presentó no pocos casos de senadores que ni siquiera vivían en ellas.

El art. 56 modificó al anterior 48, al reducir el mandato de los senadores de nueve a seis años. Ello no sólo mejora la representación de las provincias, sino que también se adecua más a la legitimidad democrática. Asimismo, esta reforma contribuyó a la unificación del inicio de los mandatos, ya que ahora los senadores tienen seis años, el presidente y los diputados cuatro, y, de conformidad con las renovaciones fijadas, las elecciones son cada dos años, en lugar del régimen anterior, que obligaba a elecciones prácticamente todos los años, como ocurrió desde 1983, pues los mandatos eran de nueve años para los senadores, seis para el presidente y cuatro para los diputados de la Nación.

A pesar de los incuestionables fundamentos de la elección directa, no sólo de los senadores sino también del presidente y vicepresidente de la Nación, mediante modificaciones en los anteriores arts. 81 a 85, se escucharon voces, tanto en la Convención como en la doctrina, que indicaban que con la supresión del Colegio Electoral se otorgaba mayor peso a las provincias más pobladas y se lesionaba al federalismo.

Nosotros pensamos que la legitimidad democrática hacía imposible la continuidad del anterior régimen, y que, en consecuencia, no podía ya relacionarse al federalismo con él, que provenía de la visión política del siglo pasado. El convencional Rosatti efectuó una inserción titulada “La elección presidencial indirecta no se vincula con el federalismo”, donde analiza detenidamente estas cuestiones, distinguiendo los principios fundantes del federalismo y de la elección indirecta, e indicando que fue la deformación demográfica posterior la que originó los problemas. Asimismo, acompaña las intervenciones a favor de la elección directa de presidente y vicepresidente de los convencionales Sampay, Bagnasco, Sobral y Luder en la Convención Nacional Constituyente de 1949, y los dictámenes en tal sentido emitidos en la Convención Nacional Constituyente de 1957.

c.3. La acentuación de su rol federal

La reforma acentuó el rol federal del Senado al instituirlo como Cámara de origen en dos temas fundamentales: la ley-convenio de coparticipación impositiva y las iniciativas sobre crecimiento armónico de la Nación y poblamiento de su territorio y promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, según lo dispuesto en el art. 75, incs. 2° y 19, respectivamente.

Todos sabemos la importancia que tiene la Cámara de origen en un sistema bicameral, puesto que su voluntad puede finalmente imponerse a la Cámara revisora. En consecuencia, el constituyente, advertido de los problemas de funcionamiento del Senado en el pasado, decidió fortalecerlo en su rol, como órgano de representación de las autonomías provinciales y de la Ciudad de Bue-

28

nos Aires, al que se le han reconocido especiales atribuciones sobre las cuestiones del federalismo, tal como lo indican las normas analizadas. En este sentido, no puede soslayarse la extraordinaria trascendencia de estas cuestiones, que indican la intergiversable finalidad constitucional de revertir los graves y profundos desequilibrios de nuestro país.

d) La intervención federal

La intervención federal es el lamento clásico del federalismo argentino, dice Pedro J. Frías, quien además señala que la institución no pudo ser reglamentada por el Congreso, lo que revela debilidad en el comportamiento federal ³⁴.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el célebre caso “Orfila”, también había determinado la atribución congresional para la intervención, pero en el orden fáctico, estas medidas extraordinarias continuaron ejercitándose por el Poder Ejecutivo en la mayoría de los casos.

Por eso no puede soslayarse la trascendencia de esta reforma efectuada en 1994, de indicar expresamente, en el inc. 31 del art. 75, que la facultad de intervenir las provincias o la ciudad de Buenos Aires compete al Congreso de la Nación, que además puede aprobar o revocar la intervención decretada por el Poder Ejecutivo, durante su receso. A su vez, el art. 99, inc. 20, prescribió que si el Poder Ejecutivo decreta una intervención durante el receso del órgano legislativo, lo debe convocar simultáneamente para dicho tratamiento.

A esta determinación debemos sumar que se ha ampliado considerablemente el período de sesiones ordinarias del Congreso, según el actual art. 63,

³⁴ En el proyecto legislativo sobre la institución que presentamos el 3/6/1992, en nuestro carácter de diputado de la Nación, obrante en el trámite parlamentario 25, expresamos en los fundamentos: “La historia de la intervención federal en nuestro país es la historia de desencuentros entre la Nación y las provincias, pues durante los 123 años transcurridos entre 1853 y 1976, se ordenaron 174 intervenciones provinciales. Estos números son el mejor registro del uso y abuso que hizo el gobierno federal del instituto de la intervención, en especial si se tiene en cuenta que los datos que se presentan no incluyen las numerosas situaciones de allanamiento a la autonomía provincial decididas por los gobiernos militares que se sucedieron —sólo interrumpidos por breves interregnos democráticos y semidemocráticos— desde 1930. Considerado un remedio extremo por la Constitución Nacional, los sucesivos gobernantes apelaron al instrumento de la intervención federal en forma reiterada, y la mayoría de las veces para subordinar el poder provincial al dictado de Buenos Aires. Prueba de ello es el procedimiento elegido para ordenar la intervención: de las 174 intervenciones, tan sólo 32% (56) fueron decididas por el Congreso de la Nación; el resto, es decir 68% (118), fueron dispuestas por decreto del Poder Ejecutivo sin intervención del Poder Legislativo”.

Después de hacer referencia a los debates producidos y a los distintos proyectos presentados, que otorgaban la facultad al Poder Ejecutivo o al Congreso, indicamos las razones por las que sosteníamos que las intervenciones debían efectuarse por el órgano legislativo, por tiempo limitado, por causales específicas y con limitaciones expresas para las atribuciones del interventor. Asimismo, rescatamos del pasado la institución del interventor-mediador, para favorecer la solución consensuada de los conflictos institucionales y que no significaba la afectación de los mandatos de las autoridades provinciales.

por lo que en el futuro no podrán presentarse los desbordes institucionales del pasado, que tanto afectaron al federalismo.

e) Los partidos políticos y el federalismo

La reforma de 1994 constitucionalizó los partidos políticos, en el art. 38, caracterizándolos como “instituciones fundamentales del sistema democrático”.

La Ley Suprema estableció como su control ideológico que “su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos” (párr. 2º del art. 38).

Resaltamos el concepto de “respeto a esta Constitución”, que para nosotros importa la obligación para los partidos de aceptar en sus bases programáticas los grandes principios y valores de nuestra Carta Magna, y, entre ellos, el federal.

La democracia constitucional contemporánea se asienta indudablemente sobre los partidos políticos, de cuyo funcionamiento y destino incluso depende aquella, como lo enseñaron Kelsen y Vedel. Por eso, y en relación con el federalismo, afirmamos que su futuro se vincula en gran medida a la actitud de compromiso y de lucha que asuman al respecto los partidos políticos, para dar cumplimiento a las altas finalidades de la reforma.

Incluso, pensamos que la exigencia de la “organización” y “funcionamiento” democráticos se vería mejor cumplida por los partidos si efectivamente tuvieran en ambos aspectos un ponderable grado de vigencia de principios federales.

En efecto, el federalismo comporta espacios de descentralización, de participación, de libertad, que se pueden asociar a la democracia tanto en la organización como en el funcionamiento de los partidos políticos. Sería sumamente valioso para el país que las grandes fuerzas políticas nacionales, modificando actitudes del pasado, se oxigenen, modernicen y abracen el proyecto federal de la Constitución.

3. Aspectos financieros del federalismo

a) Coparticipación impositiva

a.1. La distribución de competencias en materia impositiva en la Constitución

Dicha cuestión, más allá de los debates producidos a lo largo del tiempo —como el sostenido entre el ministro Terry y el diputado Mantilla en 1890, sobre los impuestos indirectos internos—, presentaba —antes de la reforma—, la siguiente clasificación:

Para el gobierno federal:

— Impuestos indirectos externos (aduaneros): en forma excluyente y permanente (arts. 4º, 9º, 67, inc. 1º, y 108).

— Impuestos indirectos internos: en forma permanente y concurrente con las provincias (art. 4º).

— Impuestos directos: en forma excepcional (art. 67, inc. 2º).

Para las provincias:

— Impuestos indirectos internos: en forma permanente y concurrente con el gobierno federal (art. 4º).

— Impuestos directos: en forma excluyente y permanente, salvo que el gobierno federal haga uso de la facultad del art. 67, inc. 2º (arts. 104 y 108).

La reforma constitucional de 1994 no modificó esta distribución de competencias por dos razones; en primer lugar, por cuanto al no estar permitida la reforma de los primeros 35 artículos, subsistía la distinción fundamental entre impuestos directos e indirectos que surge, entre otras normas, de los arts. 4º y 9º; y en segundo lugar, por cuanto con prudencia —por la extraordinaria complejidad del tema— se utilizó un criterio de “realismo institucional” en esta cuestión, que impedía realizar modificaciones.

En consecuencia, dicha clasificación hoy debe actualizarse con el cambio de numeración de los artículos, pues el 67 es 75, el 104 es 121, y el 108 corresponde al 126.

a.2. La coparticipación impositiva en la reforma constitucional

La reforma, al constitucionalizar la coparticipación impositiva³⁵ bajo estrictas condiciones, también cumplió su objetivo de fortalecer el federalismo, como lo veremos.

Primeramente, la reforma define con claridad la distribución de competencias entre el gobierno federal y provincias, con relación a los tributos indirectos externos, como nacionales —en el inc. 1º del art. 75—; a los tributos indirectos internos, con carácter de concurrentes —en el inc. 2º, párr. 1º, del art. 75—, y a los tributos directos, como correspondientes sólo en forma excepcional al gobierno federal —en el inc. 2º, párr. 2º, del art. 75—, tal como lo había señalado la doctrina.

Inmediatamente después, el inc. 2º del art. 75 prescribe como coparticipables a los tributos indirectos internos y a los directos que en forma excepcional recaude el gobierno nacional, salvo la parte o el total de ellos que tengan asignación específica. Esta última cuestión fue objeto de intensas negociaciones,

³⁵ Para un análisis de la coparticipación impositiva en nuestro país antes de la reforma constitucional de 1994, véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo, autonomía...* cit., ps. 47/54. Allí se puede observar la evolución ocurrida desde la década de 1930 y, en particular, los avances producidos en los últimos años por el gobierno federal sobre los recursos provinciales, pese a lo establecido en el sistema de coparticipación vigente de la ley 23.548.

ya que fue un sistema comúnmente utilizado para detraer fondos de la masa coparticipativa perjudicando a las provincias, y por ello se fijaron especiales condiciones en el inc. 3º, como oportunamente se apreciará. Aprovechamos para expresar que tampoco integran la masa coparticipable los tributos que corresponden a las provincias que poseen recursos naturales, v.gr., regalías petroleras, como una derivación de su propiedad, reconocida en el art. 124 de la Ley Suprema.

Seguidamente, el inc. 2º dice: “Una ley-convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos”.

Dicha ley-convenio debe cumplir además las siguientes condiciones según la Ley Suprema: 1) El Senado es la Cámara de origen. 2) La sanción debe ser con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. 3) No puede ser modificada unilateralmente. 4) Tampoco puede ser reglamentada. 5) Debe ser aprobada por las provincias. 6) La distribución entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas, contemplando criterios objetivos de reparto. 7) Estos criterios deben ser: la equidad, la solidaridad y la prioridad para lograr un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

La incorporación del instituto de la ley-convenio a la Constitución es, para nosotros, una trascendental reforma destinada a afianzar el federalismo de concertación, en uno de los capítulos más conflictivos de la historia argentina: la relación financiera entre Nación y provincias.

La Ley Fundamental, en un notable avance, obliga a la concertación: 1) En primer lugar, del presidente y de los gobernadores, y también del jefe de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, pues no se puede soslayar su participación, tanto en el debate sobre la distribución primaria como luego en la distribución secundaria —como expresamente lo menciona el inc. 2º del art. 75— para formular la base de acuerdos sobre la coparticipación. 2) En segundo lugar, el proyecto de ley-convenio debe recibir aprobación por mayoría calificada, específicamente mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, lo que obliga entonces a un alto grado de consenso entre los representantes del pueblo y de las provincias, pues el funcionamiento legislativo indica las dificultades para alcanzar dicho quórum agravado. 3) En tercer lugar, para culminar este trabajoso trámite de la ley-convenio, signada por el consenso y la concertación, debe lograrse la aprobación por parte de cada una de las legislaturas provinciales.

Estos especiales requisitos intentan revertir, por un lado, las simples adhesiones que las provincias debían prestar a la legislación que imponía casi siempre el gobierno central frente a la dependencia de las provincias, y, por otro lado, fijar un régimen definitivo con reglas claras, que permita un desarrollo equilibrado de la federación, en lugar de la arbitrariedad que ha signado la relación

La Constitución ha prescripto la integración de la masa coparticipable con los impuestos indirectos internos y los directos que correspondan a la Nación en forma excepcional, según el inc. 2° del art. 75; pero ha admitido la posibilidad de detracción de una parte o de la totalidad de ellos mediante asignaciones específicas. Sin embargo, como por esta vía se afectó el federalismo —en casos como la creación del Fondo Transitorio para financiar desequilibrios fiscales provinciales (ley 23.562), o el impuesto sobre intereses y ajustes de los depósitos a plazo fijo en beneficio de determinadas provincias (ley 23.658)—, el inc. 3° del art. 75 ha establecido requisitos especiales para ellas. En efecto, se ordena que las leyes que establezcan o modifiquen asignaciones específicas de recursos coparticipables tengan tiempo determinado y que sean sancionadas por un quórum especial de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Reiteramos que sobre todo este último requisito es muy importante como garantía para las provincias, ya que no es fácil alcanzar dicho quórum en la tarea legislativa, sin un alto grado de consenso.

La reforma ha impuesto criterios de reparto, tanto para la distribución primaria como para la secundaria. En relación con la distribución primaria, o sea, entre la Nación, por un lado, y las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, por el otro, debemos señalar: a) lo vinculado a asignaciones específicas, recientemente analizadas, y b) “la relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto”, como dice el inc. 2° del art. 75, en una frase que se correlaciona con un párrafo posterior de la misma norma que expresa: “No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la Ciudad de Buenos Aires, en su caso”. Resaltamos la trascendencia de este criterio, ya que una de las herramientas del gobierno federal para lesionar el federalismo fue imponer transferencias de competencias, servicios o funciones a las provincias o a la Ciudad de Buenos Aires, con lo que centralizó recursos y federalizó los déficits.

Lamentablemente ya sabemos que tampoco se cumplió la disposición transitoria sexta de la reforma, que indicó como plazo para la sanción de la ley-convenio de coparticipación “antes de la finalización del año 1996”, pero señalamos que este criterio será determinante para el momento de la discusión sobre la distribución primaria, pues muchos servicios han pasado a la órbita provincial e incluso a la municipal, en un proceso de descentralización que juzgamos fundamental para el futuro del país, y que, en consecuencia, requerirá un aumento del porcentaje correspondiente a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires y después al resto de los municipios.

La disposición transitoria que acabamos de mencionar, también insiste en el concepto al que nos referimos, pues prescribe que “la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada”; y asimismo, agrega: “...tampoco podrá modificarse en des

recursos vigente a la sanción de esta reforma y en ambos casos hasta el dictado del mencionado régimen de coparticipación. La presente cláusula no afecta los reclamos administrativos y judiciales en trámite originados por diferencias por distribución de competencias, servicios, funciones o recursos entre la Nación y las provincias”.

Los criterios de reparto para la distribución secundaria, o sea, entre las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, deben ser, según la norma constitucional que estamos estudiando: a) objetivos: es decir, claramente determinados, razonables y exentos de parcialidad; b) equitativos: o sea, con justicia en el caso concreto, v.gr., a mayor capacidad contributiva o poblacional sería equitativa una mayor participación; c) solidarios: con ayuda mutua entre las provincias, v.gr., con redistribución que beneficie a las más rezagadas, y d) prioritarios para el logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional: de tal manera que estos propósitos —vinculados a los del art. 75, inc. 19, que aspira a ser la nueva cláusula del progreso, con especial énfasis en el “desarrollo humano”—, obligan a un gran esfuerzo para corregir los desequilibrios, desigualdades e injusticias de la sociedad argentina. Ya veremos que estos mismos criterios deben informar la Ley de Presupuesto, como lo indica el inc. 8° del art. 75, y las iniciativas sobre crecimiento armónico de la Nación, poblamiento de su territorio y políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, según lo prescribe el inc. 19 del art. 75.

Para nosotros es de fundamental importancia que se alcance un nuevo sistema de coparticipación sobre estas bases, expresivas de los principios de la solidaridad y lealtad federales, que son esenciales para las federaciones. Es que aun las más ricas y desarrolladas no dejan de presentar asimetrías, como se observa en los Estados Unidos o en Canadá. ¿Acaso son similares los índices económicos y sociales que se aprecian en California o Alabama o en Alberta o Nueva Escocia? ³⁶

Por ello, también aquí han sido acertados los criterios del constituyente y sobre ellos debe avanzarse para producir un desarrollo más justo, equilibrado e integrado del país. Es que no debe olvidarse la distancia que separa al distrito más rico, o sea, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de los más pobres, como Santiago del Estero y Formosa, lo que refleja la magnitud de nuestros desafíos y problemas.

³⁶ Resulta muy ilustrativo analizar el caso de la federación canadiense, donde las provincias “pobres” (Nova Scotia, New Brunswick, PEI y Newfoundland) reciben más fondos del gobierno federal que las provincias “ricas” (British Columbia, Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario y Québec, en aplicación de un sistema de igualación (*equalization system*), que es un programa puramente federal. Asimismo, existen distintos impuestos en las provincias, además de producirse una clara transferencia de recursos de las provincias más ricas: Alberta y Ontario, a las restantes. Véase al respecto el trabajo de BUTLER, Michael, “Federal-provincial fiscal relations in Canada”, *Forum of Federations*, Seminario Internacional sobre Federalismo. Pilar, 2 y 3/10/2003, con la participación del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y el Gobier-

Se impone, en consecuencia, la necesidad de una verdadera política de Estado que persiga la superación de los gravísimos desequilibrios que se observan entre los distritos provinciales, mediante un sistema de igualación como el canadiense, que contemple el accionar auténticamente federal del gobierno nacional y la solidaridad entre las provincias, sobre la base de los mandatos constitucionales que estamos analizando.

No obstante la claridad y altura de los objetivos perseguidos por el Constituyente, se han difundido en estos años algunas propuestas que no sólo desconocían la letra y espíritu de la Ley Suprema en esta materia, sino que pretendían volver al sistema anterior de completa separación de fuentes, con el indisimulado propósito de ahondar las diferencias existentes entre las provincias y centralizar aún más el país ³⁷.

La ley-convenio de coparticipación impositiva no fue sancionada en los plazos fijados, con lo que se verificó una nueva violación a la Constitución. Más allá de la sentida protesta que efectuamos por esta demora —como hombres de derecho y convencionales constituyentes que trabajamos firmemente en defensa del federalismo—, alentamos la pronta sanción de este trascendental instrumento de la ley convenio.

Estamos convencidos de que éste es uno de los debates más importantes, en el que habrá que utilizar al máximo la inteligencia, la imaginación, la prudencia y la solidaridad, para resolver el “laberinto” de la coparticipación, que es una base fundamental para desarrollar el proyecto federal rumbo al siglo XXI.

En este sentido, resulta imprescindible poner el énfasis en la distribución primaria, pues se han producido muchas modificaciones sobre las competencias, servicios y funciones entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires. A ello hay que sumar el delicado problema de las transferencias intergubernamentales, la crisis en el sistema previsional, la futura regionalización, la profundización de los procesos de integración y de descentralización y el deterioro de la situación económico-social, con altos índices de desocupación, marginalidad social y pobreza.

Un mayor reconocimiento de la participación de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires —que necesariamente debe repercutir después en la coparticipación a los municipios—, hará relativamente más sencilla la discusión posterior de la distribución secundaria, donde se advierten las disputas entre las provincias grandes y las chicas, además de la incorporación de la Ciudad de Buenos Aires.

Estudios interdisciplinarios deben fundamentar la decisión política que finalmente establezca la ley convenio, que, respetando los criterios constitucio-

³⁷ En definitiva, el objetivo de estos sectores ha sido el de impedir que efectivamente se cumpla con el mandato constitucional que establece la coparticipación. Incluso se ha llegado a sostener desde una visión economicista que existen provincias y municipios inviables. Como otra de las paradojas argentinas, mientras el mundo desarrollado avanza en la descentralización, en nuestro país hay sectores de enorme poder político y económico que persiguen lo contrario, pese al mandato constitucional.

nales, afirme la solución estructural y gradual de los problemas, mediante un sistema integral, justo y perdurable.

Debe ejercitarse en esta materia una verdadera política arquitectónica, que supere antagonismos partidarios, fortalezca las relaciones interjurisdiccionales y posibilite un desarrollo equilibrado del país.

b) *El organismo fiscal federal*

La reforma constitucional, en el inc. 2° del art. 75, dispone: “Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires en su composición”.

Ésta fue otra trascendente decisión del constituyente, que elevó a la máxima jerarquía normativa un organismo con las funciones que actualmente desempeña la Comisión Federal de Impuestos, cuya creación se debió a la ley 20.221, con posterior ratificación en la vigente ley 23.548.

Sus funciones serán de Interpretación de la Ley de Coparticipación; de ejecución de la misma; de asesoramiento de los fiscos adheridos y de tribunal administrativo para decidir si los gravámenes locales se oponen al régimen de coparticipación. Sus resoluciones podrán ser recurridas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Lamentablemente tampoco se cumplió el plazo fijado por la disposición transitoria sexta para la reglamentación de este órgano, coincidente con el de la ley convenio. Insistimos en la necesidad de cambiar sustancialmente el actual proceso posconstituyente de la histórica reforma de 1994.

c) *Pautas federales del presupuesto nacional*

La otra gran materia donde la reforma constitucional ha introducido lineamientos de federalismo financiero es el presupuesto nacional.

En efecto, el inc. 8° del art. 75 indica que dicho instrumento debe ser fijado por el Congreso, “conforme a las pautas establecidas en el párr. 3° del inc. 2° de este artículo”. Recordemos que ellas son la relación directa a las competencias, servicios y funciones de la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, contemplando criterios objetivos de reparto, los cuales hemos analizado anteriormente.

Además, hay que resaltar que el inc. 8° dice que el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos debe efectuarse “sobre la base del programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas”, lo que para nosotros implica una definición constitucional que relaciona a la importante ley con la planificación, pues no se puede dar otro sentido a las palabras “programa” y “plan” que utiliza la Ley Suprema. A su vez, el presupuesto es considerado por la doctrina clásica del derecho financiero como un instrumento de gobierno, de administración y de planificación.

En consecuencia, tanto para el gasto público como para el cálculo de recursos previstos por el presupuesto, debe existir como base un programa de gobierno y de inversiones públicas que también respete las pautas constitucionales —objetivas, equitativas, solidarias y prioritarias— para el logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

Este inciso que documentamos contiene una política constitucional que vincula al presupuesto con temas esenciales del proyecto federal: la regionalización, la integración, la descentralización y el fortalecimiento de las autonomías provinciales, de la Ciudad de Buenos Aires y municipales.

Mucho va a costar hacer realidad los elevados propósitos de esta norma, por la magnitud de los cambios que deben operarse, que demandan gran voluntad, inteligencia y consenso político.

La modificación del formidable proceso de concentración operado en nuestro país resulta imprescindible para la efectiva vigencia del federalismo, en el cual las cuestiones fiscales son de especial trascendencia. Bien decía Friedrich que el federalismo, más que un “estereotipo”, era un “proceso” de dicha estirpe, y que en consecuencia había que analizar cada una de las realidades estatales, sin efectuar generalizaciones³⁸.

Es tan rica la norma constitucional analizada, que señala rumbos de notable significación para el futuro, como la descentralización, que es la reforma del Estado del mañana. En este sentido, tanto la ley convenio de coparticipación como el presupuesto, deberán establecer criterios precisos para las transferencias de competencias, servicios y funciones de la Nación a las provincias en un proceso que requerirá reasignaciones de recursos y concertación con los respectivos órdenes gubernamentales, para el debido respeto de las autonomías provinciales, de la Ciudad de Buenos Aires y, posteriormente, de las municipales³⁹.

³⁸ En la Convención Nacional Constituyente de 1994 expresamos al respecto:

“¿Qué ha pasado con la participación en el gasto por niveles de gobierno? Voy a utilizar cifras de 1988. En un importante estudio sobre federalismo fiscal realizado por la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, bajo la dirección de Artana y López Murphy, se dice con claridad que en este año la Nación participaba en el gasto con el 42%, las provincias con el 47% y los municipios con el 11%. Pero cuando se analiza la participación de los recursos por niveles de gobierno nos encontramos con que la Nación tiene el 74% de los recursos, las provincias sólo el 20% y los municipios el 6%. Esto significa que no existe el principio de correspondencia fiscal; que no existe correspondencia entre gastos y recursos. Esto tiene que ser necesariamente corregido porque ésta es la expresión más cabal de lo que significa la dependencia de las provincias y de los municipios respecto del tesoro federal”.

Veamos también lo que ha pasado en la redistribución regional en la Argentina. Así llegaremos a la conclusión —y no citaré cifras de ese estudio para no detenerme— de que se careció de cualquier fundamento económico en esta materia, y por eso la Argentina no ha avanzado en un desarrollo integrado de la República. Lo mismo se puede decir de las transferencias del gobierno nacional a las provincias en la década del 80” (conf. HERNÁNDEZ, Antonio M. [h], *Reforma constitucional de 1994...*, cit.).

³⁹ En este sentido, constituye un estudio destacable en la materia el mencionado trabajo de ARTANA, Daniel - LÓPEZ MURPHY, Ricardo, *Hacia un nuevo ordenamiento fiscal de la Argentina*, 1993, ya que efectúa una propuesta sobre la descentralización y la coparticipación.

4. Aspectos económicos y sociales del federalismo

a) El banco federal

El inc. 6° del art. 75, CN, prescribe que corresponde al Congreso “establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales”.

En nuestro anteproyecto de reforma constitucional presentado en la Convención, previmos la modificación del inc. 5° del anterior art. 67, con la siguiente redacción: “Establecer y reglamentar un banco monetario federal, con facultad de emitir billetes, así como otros bancos nacionales”.

En el seno de la Convención, hizo uso de la palabra en nombre de la Comisión de Redacción, el convencional Juan Carlos Maqueda, quien explicitó que el sentido de la reforma era adecuar el actual Banco Central, en su denominación y concepción, al Estado federal, citando como ejemplos las instituciones similares de los Estados Unidos, Suiza y Alemania⁴⁰.

Compartimos la interpretación que efectúa de esta norma Humberto Quiroga Lavié: “El carácter federal que ahora le impone la Constitución al banco encargado de la emisión de la moneda, no es sólo una cuestión de nombre, sino que define la política constitucional en el sentido de que las provincias deberán intervenir en el gobierno de dicha institución. Será el Congreso, por ley, quien defina dicha intervención, para lo cual puede servir de modelo la organización federativa de la Reserva Federal en los Estados Unidos”. Además, el autor señala como segunda apreciación, que dicho banco tiene por misión principal emitir moneda, con dos consecuencias: el carácter “monopólico” de dicha atribución y la competencia de “fijar la política monetaria en todo el país”⁴¹.

comparativa con otras federaciones. También debemos señalar los aportes del Lic. Orlando Bracelli, que luego de demostrar que la conducción económica del gobierno nacional de Menem y Cavallo centralizara el país, utilizando como variable de ajuste las finanzas provinciales, y que en los presupuestos nacionales existen mínimas referencias a la localización territorial del gasto público, plantea una reforma del Estado sobre la base de la descentralización, con especial referencia a la relación Nación-provincias y provincias-municipios. El investigador mendocino pone énfasis —con criterio que compartimos— en la imperiosa necesidad de capacitar y modernizar todos los niveles de la Administración Pública, para enfrentar estos desafíos del futuro argentino.

Bracelli fue ministro de Hacienda de la provincia de Mendoza y presidente del Consejo Federal de Inversiones, y presentó los trabajos “Metodología no convencional para el tratamiento de la relación Nación-provincias y provincias-municipios. Aspectos metodológicos para el análisis de las políticas fiscales provinciales, período 1983/1994”, y “La política fiscal, la asignación de recursos públicos y el presupuesto nacional”, correspondientes a las Jornadas de Finanzas Públicas de los años 1994, 1995 y 1996, respectivamente, de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba.

Hemos opinado sobre estas cuestiones con relación a los gobiernos locales en HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1997, al cual remitimos en razón de la brevedad.

⁴⁰ Ver el *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994*, t. IV, ps. 3819 y ss.

⁴¹ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Zavallía, Buenos Aires, 1996, pp. 358 y ss.

El inciso hace mención a "otros bancos nacionales", en referencia a los actuales Nación, Hipotecario y de Desarrollo.

Por la importancia que tiene la cuestión monetaria y bancaria en la política económica, fácil resulta colegir el alto objetivo de esta norma alrededor de la profundización del federalismo. Tampoco se ha podido consagrar aquí por parte del Congreso la pertinente legislación reglamentaria, que se vincula incuestionablemente con los aspectos económicos del federalismo.

b) *Las regiones para el desarrollo económico y social*

El art. 124, Ley Suprema, dispone, en su 1ª parte: "Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines".

En cuanto a los antecedentes de la norma, sólo nos detendremos en los vinculados a la Asamblea Constituyente.

En nuestro proyecto de reforma constitucional propusimos la creación de regiones y en los fundamentos expresamos al respecto: "La regionalización es un instrumento apto para el desarrollo económico y social de importantes sectores de nuestro territorio. En tal sentido, el proyecto prevé la posibilidad de crear regiones en un marco de coordinación y consenso, evitando la imposición, desde escritorios de tecnócratas, de estructuras carentes de sustento real". Más adelante, al intervenir en el debate sobre el despacho de la Comisión de Redacción, dijimos: "El art. 106 bis que se postula comporta la cláusula federal, como sostiene Pedro J. Frías, y tiene tres aspectos muy claros. En primer lugar, una regionalización para el desarrollo económico y social. Esto significará que, más allá de la existencia de órganos para el cumplimiento de sus fines, no se podrá afectar ni las autonomías provinciales ni las autonomías municipales. Naturalmente, tendrá que ponerse énfasis en el desarrollo de las economías regionales para asegurar una Argentina que no siga siendo un desierto, como decía Alberdi, con algunas pequeñas islas de desarrollo económico, sino que exista la posibilidad de un desarrollo equilibrado de la Argentina"⁴².

b.1. *Conceptos de región*

Ratificando lo que escribimos anteriormente, la región es objeto de análisis por diversas ciencias sociales, pero a nuestros fines resaltamos algunos conceptos provenientes de la economía y de la sociología, pues la región mencionada por la Ley Suprema se vincula con dichas ciencias.

En la primera de ellas, difundida es la distinción efectuada por François Perroux, continuada por Jacques Boudeville⁴³ entre región homogénea, región

⁴² HERNÁNDEZ, Antonio M. (h). *Reforma constitucional de 1994...*, cit., ps. 34, 42 y 71.

⁴³ BOUDEVILLE, Jacques, *Los espacios económicos*, Eudeba, Buenos Aires, 1965, cap. I, ps. 9/18.

polarizada, funcional o nodal, y región plan. La región homogénea atiende a la similitud de características económico-sociales en determinada extensión geográfica. La polarizada, funcional o nodal, centra el análisis en la interdependencia entre núcleos centrales llamados polos y la periférica correspondiente a áreas satélites, siendo heterogéneo el espacio resultante y, en general, complementarias sus partes integrantes. La región plan está determinada especialmente por los fines perseguidos por las diversas planificaciones o programaciones.

"Es aconsejable comparar —dice Boudeville⁴⁴— los tres tipos de regiones: región homogénea de inspiración agrícola, región polarizada de inspiración industrial y comercial, y región plan de inspiración prospectiva. Las dos primeras son instrumentos de análisis puestos a disposición de la tercera, sea que ésta emane de la empresa que persigue elevar al máximo el importe de sus ventas (sujeto a la obtención de una ganancia mínima), o bien de la autoridad pública empeñada en el incremento armónico de los diversos recursos regionales y nacionales. Así, las tres definiciones del espacio económico no son forzosamente concordantes ni, sobre todo, exclusivas. Pero las tres resultan indispensables".

Desde la sociología Alfredo Poviña⁴⁵ ha definido la región de esta manera: "Es un agrupamiento sociológico, de tipo geográfico polarizado en el que el predominio de los indicadores unificantes (espacio físico, estructura económica y estilo de vida) produce una conciencia de unidad regional, que sirve como instrumento natural para la integración de la comunidad".

Las regiones se pueden clasificar en supranacionales, cuando comprenden más de un país (como en el caso del Mercosur, Unión Europea o Nafta), y en endonacionales, cuando comprenden partes de un país (como es el caso argentino según la reforma constitucional), aunque también la perspectiva regional puede ingresar en los límites de una provincia, con la división en "zonas".

Señalamos que la región debe ser estudiada en sus interrelaciones y problemática con el gobierno federal, con las provincias y con los municipios para comprender la extraordinaria complejidad y amplias perspectivas que ofrecerá en el futuro el funcionamiento integral de las instituciones de la federación argentina. Para nosotros existen interrelaciones en lo territorial, en lo económico, en lo institucional, en el proceso de planificación, en lo financiero, en lo sociológico y en lo cultural⁴⁶.

⁴⁴ BOUDEVILLE, Jacques, *Los espacios económicos*, cit., p. 18.

⁴⁵ POVIÑA, Alfredo, "La integración regional y el municipio", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, julio-octubre 1969, p. 630.

⁴⁶ Véase, en tal sentido, HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal*, cit., cap. V. "El municipio y la región-interrelaciones y problemática".

b.2. El desarrollo económico y social

El art. 124 prescribe que las regiones se podrán crear “para el desarrollo económico y social”, lo que constituye una muy importante definición del constituyente sobre esta institución.

En efecto, ello significa, en primer lugar, que la finalidad de la región debe ser la promoción del desarrollo económico y social, aspecto que analizaremos luego más detalladamente.

En segundo lugar, y en concordancia con los arts. 125 (antes 107) —que posibilita a las provincias la celebración de tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común— y 126 (antes 108) —que prohíbe a las provincias celebrar tratados parciales de carácter político—, la región no puede constituir un nuevo nivel de gobierno político. Es decir que en la estructura federal argentina sólo existen cuatro órdenes gubernamentales (gobiernos federal, provinciales, de la Ciudad de Buenos Aires y municipales) y puede constituirse un nivel adjetivo, como dijo Frías, que es el regional, con las finalidades expresadas en la Ley Suprema⁴⁷.

En tercer lugar, para nosotros la región tiene una personalidad jurídica pública estatal, con carácter adjetivo de decisión, limitada a la promoción del desarrollo económico y social, y cuya creación depende de la voluntad de las provincias, según surge de la Ley Suprema reformada.

En cuarto lugar, la región es una alternativa del federalismo argentino, como lo anticipó Alberto Zarza Mensaque⁴⁸.

Esto significa que las regiones sólo deben existir para fortalecer nuestra forma de Estado, que es la federal. O sea que la región —también una forma de descentralización— en la Argentina debe servir al proyecto federal de la Constitución y, en consecuencia, no podría utilizarse este instrumento para centralizar el país o lesionar las autonomías provinciales y municipales⁴⁹.

⁴⁷ Sostuvo el presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, a quien sucedimos en la titularidad de la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Nacional de Córdoba: “...estimo que la Constitución o la legislación debe recoger la región, no como una nueva colectividad territorial, sino como un nivel de decisión por ahora adjetivo. La región debe servir a la mejor integración del país, pero no constituir un nuevo nivel de gobierno (...). En la Argentina la provincia sigue siendo el nivel de redistribución de poder que mejor se conforma a una economía de escala, y no sólo por razones tradicionales. Es el cuerpo intermedio por excelencia, el único interlocutor del Estado nacional (...). Cuando hablo de una utilización adjetiva de la región, hablo en términos de poder, de decisión, de ejecución, pero sin subestimar su importancia actual y su transformación futura” (FRÍAS, Pedro J., *Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 145).

⁴⁸ Nuestro distinguido colega, profesor titular de la Cátedra B de Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, así tituló un artículo donde desarrolló esta idea (“La región como alternativa federal”, *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, nros. 1 y 2, 1977).

⁴⁹ En el mundo se afirma la idea de la descentralización, como espacio de participación, libertad y eficacia gubernativa, con cambios operados en los últimos años. Véase, por ejemplo, en los

Sobre el significado del desarrollo económico y social, indicado en la Ley Suprema, recordamos que el desarrollo es el nuevo nombre de la paz, como dijo en notable síntesis Paulo VI en la encíclica *Populorum progressio*. Hoy es preocupación dominante en todas las latitudes para superar el hambre, la miseria, la ignorancia y otros flagelos que hieren la dignidad humana. Por eso la reforma constitucional de 1994 incorporó una nueva cláusula del progreso o del desarrollo, en el inc. 19 del art. 75 —como atribución del Congreso y de las provincias en el art. 125—, con la denominación de “desarrollo humano”, que importa el alto propósito de desarrollar “todo” el hombre y “todos los hombres”, como se requería desde aquella sabia encíclica.

En consecuencia, deben correlacionarse los términos del desarrollo económico-social y del desarrollo humano —que es más amplio—, en la común obligación de todos los actores institucionales de la federación, de proveer al desarrollo integral del hombre.

Aquí se observa un ensanchamiento de nuestras creencias constitucionales, que reafirma los fines y valores de nuestro Preámbulo sin par, en la búsqueda de la suprema y eterna consigna de asegurar la libertad y dignidad del hombre.

tradicionalmente unitarios como Bélgica, España, Francia e Italia, en Europa, o Bolivia, Colombia, Chile y Perú, en América. Por cierto, también las experiencias de este tipo avanzan en países federales como los Estados Unidos, Brasil y Venezuela, además de nuestro país.

Pero nos interesa detenernos en las modificaciones producidas en los Estados unitarios, que al institucionalizar las regiones —como técnica de descentralización— han originado un profundo debate (principalmente en Europa) sobre la existencia de una nueva forma de Estado: la regional o la fédero-regional.

Al respecto, ha escrito Frías que la doctrina “parece inclinarse a considerar al Estado regional como un tipo intermedio entre el unitario y el federal, caracterizado por la autonomía regional. La fórmula la impuso tempranamente Gaspare Ambrosini, inolvidable presidente de la Corte Constitucional italiana, y tiene seguidores. Satisface inicialmente esta explicación si se tiene en cuenta la comodidad de esclarecer las formas de Estado según combinaciones de principios opuestos. Así, decían los primeros comentaristas de la Constitución norteamericana, que el Estado federal era el equilibrio del unitarismo y la confederación (...). Se trata siempre —escribe Antonio La Pégola— de una mediación entre dos polos extremos entre los que puede fluctuar el variado juego de las fuerzas centrífugas y centrípetas”. Y continúa Frías: “En un nivel de análisis más profundo —y sobre todo si consideramos las regiones de estatuto especial— es perceptible que tanto en el Estado regional como en el federal se instalan autonomías particulares que convergen a una única soberanía. Esto es lo decisivo. Las estructuras que La Pégola dice ser análogas pero no idénticas son casi idénticas (...). Las diferencias no alcanzan a impresionarnos, sobre todo en cuanto a su representación en el Senado, que es la más importante: que las regiones no la tengan en Italia, o que sea débil en España, donde, sin embargo, la Constitución califica al Senado de Cámara de representación territorial, significa que falta una nota típica de los países federales, pero no la sustancial de la autonomía bajo un solo Estado soberano. Sin duda, por esta convicción, Gumersindo Trujillo ha preferido un título más explícito para el Estado regional: le llama Estado fédero-regional, acentuando el *pactum foederis* originario, un pacto de fe que compromete la confianza y la lealtad, hasta el punto de rechazar un pretendido derecho de autodeterminación de los pueblos de España”. Finalmente, Frías, se pregunta: “¿Es el Estado regional una nueva forma federativa?”, y responde: “Creemos que sí, pero en todo caso la prueba sea la relatividad con que cada país vive —en federal o unitario— la descentralización inevitable” (FRÍAS, Pedro J., *Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 10/12).

El constituyente, con “realismo institucional”, fruto de la observación de nuestra dolorosa historia y actualidad, ha planteado altos objetivos cuyo logro demandará el ejercicio de políticas arquitectónicas que se proyectarán al siglo venidero.

En este sentido, no se puede dejar de advertir la vinculación entre los procesos de globalización, integración y regionalización, pues si la primera obliga a la integración, ésta no puede concebirse sin la regionalización, que implicará un “desarrollo regional”.

b.3. La creación de regiones

El art. 124 es categórico en su redacción al decir que “las provincias podrán crear regiones”, y, en consecuencia, sólo ellas y en forma potestativa son las autorizadas para instituir regiones. Esta decisión del constituyente estuvo dirigida a impedir en el futuro la conformación de regiones con criterio centralista —como había ocurrido anteriormente—, y a ratificar que la regionalización sólo puede concebirse como una alternativa para la profundización del federalismo argentino.

Va de suyo entonces que al no poder distinguirse donde la ley no distingue, el gobierno federal no está facultado para crear regiones mediante una ley nacional⁵⁰.

Pero ello no implica que el gobierno federal deje de participar en el proceso de regionalización, ya que no podemos olvidar el mandato especial del art. 75, inc. 19, de “promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones”.

En este sentido, Frías propone que constituidas las regiones por las provincias, una ley del Congreso transfiera competencias a las regiones⁵¹; y Germán Bidart Campos y María Celia Castorina de Tarquini van más allá, al sostener que el gobierno federal no queda inhibido de participar de dicho acuerdo, aunque siempre sobre la base de la creación de las regiones por acuerdos interprovinciales⁵².

El énfasis debe ser puesto en la coordinación interjurisdiccional entre los diversos órdenes de gobierno y en el ejercicio de las facultades concurrentes o compartidas, a los fines de la promoción del desarrollo económico y social.

“Se trata de crear unidades funcionales —dice Castorina de Tarquini⁵³—, que den respuesta a emprendimientos que por su complejidad exceden las posibilidades de las provincias y que no son atendidos debidamente por la Nación”.

⁵⁰ En este sentido hemos sostenido la inconstitucionalidad de los proyectos presentados en el Congreso de la Nación por algunos legisladores, así como del anteproyecto de los Dres. Carlos Menem y José Roberto Dromi, remitiéndonos para su análisis a HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo, autonomía...*, cit., ps. 91 a 96, nota 120.

⁵¹ FRÍAS, Pedro J., “La regionalización del país”, *La Nación* del 18/10/1996.

⁵² BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 228, y CASTORINA DE TARQUINI, María C., *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, cit., t. II, p. 372.

⁵³ BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional*, cit., t. II, p. 373.

De estos criterios de flexibilidad, funcionalidad y coordinación interjurisdiccional que deben utilizarse en nuestro concepto para la creación de las regiones, llegamos a estas conclusiones: a) Además de las provincias, pueden intervenir los otros órdenes gubernamentales: el federal, la Ciudad de Buenos Aires y los municipios. Incluso bajo esta figura —piensa Badeni⁵⁴— pueden integrarse otros entes nacionales o extranjeros, constituyéndose una figura interjurisdiccional, cuyo régimen jurídico quedará fijado en el acto de creación. b) Una provincia puede formar parte de más de una región, si así lo requiere su desarrollo. c) No debe existir necesariamente un solo mapa regional en la Argentina. d) La descentralización del gobierno federal no debe unirse en forma imprescindible con la regionalización de las provincias. e) La conformación de regiones responde a diversos aspectos históricos, geográficos, económicos, sociales, culturales y políticos, y reclama una visión y estudios interdisciplinarios. f) La regionalización del país para la integración y el desarrollo económico y social, también supone una interrelación con la integración supranacional y la provincial, que exigirá la promoción de las relaciones intermunicipales. g) La regionalización, como instrumento del proyecto federal, requerirá de una concertación interjurisdiccional con eficaz gestión técnica y alta calidad en la dirección política. h) Este proceso importará una profunda reforma y modernización de los distintos órdenes estatales. i) También se impone una planificación estratégica, flexible, moderna, democrática y con la participación de las fuerzas del mercado.

b.4. Los órganos regionales

La Ley Suprema, en el art. 124 que comentamos, expresa que las provincias podrán crear regiones “y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines”. Hay que resaltar entonces la finalidad de los órganos, que es el desarrollo económico y social, y, en consecuencia —tal como lo venimos sosteniendo—, no deben incursionar en cuestiones de carácter político, que lesionarían las competencias y las autonomías provinciales y municipales.

La naturaleza sectorial, instrumental y adjetiva de la región aconseja órganos flexibles, no burocráticos e integrados por las autoridades de las respectivas provincias u órdenes gubernamentales que formen parte de aquélla.

En este sentido, Pedro J. Frías⁵⁵ propone “la asamblea de gobernadores como instancia máxima, el comité ejecutivo y la secretaría técnica y el Parlamento constituido por delegaciones de las bancadas de las Legislaturas”, sobre la base de experiencias de la Patagonia, del Noroeste y del Nuevo Cuyo.

El distinguido jurista cordobés⁵⁶ piensa que estos órganos tendrán doble competencia: la que las provincias irán determinando por sí mismas sobre pro-

⁵⁴ BADENI, Gregorio, *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 436.

⁵⁵ FRÍAS, Pedro J., “La regionalización del país”, cit.

⁵⁶ FRÍAS, Pedro J., “La regionalización del país”, cit.

32

blemas que requieren la esfera regional, y, por otra, la administración regional de las competencias transferidas por el gobierno nacional.

De todas maneras insistimos en los conceptos de flexibilidad, gradualidad y prudencia como criterios rectores del accionar de los órganos regionales. Es fundamental planificar, coordinar y concertar interjurisdiccionalmente y dejar la ejecución a los órdenes gubernamentales comprendidos, especialmente en los primeros tiempos. Todo debe efectuarse con el más escrupuloso respeto de las autonomías provinciales y municipales —esenciales en nuestro federalismo—, que no deben ser lesionadas por la regionalización.

b.5. El conocimiento del Congreso Nacional

El art. 124 de la Constitución exige que tanto la creación de regiones como la celebración de convenios internacionales sean efectuados “con conocimiento del Congreso Nacional”. El constituyente de 1994 impuso, para estos casos, el mismo requisito ordenado por el anterior art. 107 para los tratados “domésticos” entre las provincias. O sea que se ratificó aquel apartamiento del precedente norteamericano, que disponía el “consentimiento” del Congreso (art. I, secc. 10, cláusula 3) y nuevamente se insistió sólo con el “conocimiento”.

El objetivo no ha sido otro que favorecer aún más la autonomía de las provincias, ya que el consentimiento o la aprobación hubiesen implicado una marcada dependencia del Congreso.

De todas maneras el requisito del conocimiento apunta a la mejor articulación y control de las competencias e intereses federales y provinciales.

Horacio Daniel Piombo, profesor de La Plata⁵⁷, sostiene que el Congreso podría desaprobado el acuerdo regional, aunque no sea necesaria su aprobación expresa.

Nosotros creemos que en la instancia hipotética de que el Congreso considere que el acuerdo interprovincial vulnera los principios constitucionales, habría dos posibles soluciones: una jurídica, con la eventual participación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y otra política, la intervención federal, como remedio extremo para asegurar la supremacía del orden constitucional federal. Pero un pronunciamiento negativo del Congreso no dejaría sin efecto al acuerdo, como si fuera el caso de la desaprobación.

c) Las provincias y los convenios internacionales

En el debate en la Convención Nacional Constituyente de 1994, al referirnos al despacho de la Comisión de Redacción, dijimos sobre esta norma del art. 124 —que denominamos cláusula federal—, y respecto de esta cuestión: “...En segundo lugar, este artículo propuesto contiene la idea de las gestiones y conve-

nios internacionales. Esto se relaciona con las facultades que no se pueden desconocer a las provincias como estados de la federación. ¿Cómo vamos a impedir que las provincias puedan hacer gestiones y convenios internacionales, promover las exportaciones, fomentar el turismo, buscar inversiones y celebrar créditos si existe el conocimiento del Congreso Federal? Las provincias, en virtud de sus autonomías, resguardando lo que son las atribuciones delegadas al gobierno nacional, sin afectar la política exterior de la Nación, podrán llevar adelante estas materias”⁵⁸.

La reforma ha consignado la potestad de las provincias de celebrar “convenios internacionales”, utilizando un término distinto del existente antes en la Constitución, que al referirse a los acuerdos expresaba la palabra “tratados”, en los arts. 27, 31, 67, inc. 19 (ahora 75, inc. 22), 86, inc. 14 (ahora 99, inc. 11), y 100 (ahora 116), cuando se realizaban con las potencias extranjeras u organizaciones internacionales por parte del gobierno federal, y “tratados parciales”, en los arts. 107 (ahora 125) y 108 (ahora 126), cuando se trataba de pactos interprovinciales.

Para nosotros —conforme a las opiniones de Pedro J. Frías y Horacio D. Piombo⁵⁹—, los constituyentes usaron esta denominación para indicar un alcance más limitado de los acuerdos internacionales que pueden celebrar las provincias, en comparación con los tratados internacionales del gobierno federal, en ejercicio de las facultades delegadas en relaciones exteriores.

La reforma amplió las potestades provinciales sobre la gestión internacional, sobre la base de los antecedentes y experiencias anteriores, y con clara conciencia del rumbo autonomista que debe afirmarse en pos del fortalecimiento del federalismo en un mundo integrado y competitivo; pero con la prudencia suficiente que indica la pertenencia a una federación —no una confederación—, donde las facultades en política exterior corresponden al gobierno nacional.

Ello explica los límites impuestos en la materia a las provincias, en la norma que comentamos. En primer lugar, consideramos con Badeni y Quiroga Lavié⁶⁰, que en virtud de la prohibición del art. 126 de la Constitución de celebrar tratados parciales de carácter político, las provincias tampoco pueden realizar convenios internacionales de esa naturaleza, porque se afectaría el ejercicio de

⁵⁸ HERNÁNDEZ, Antonio M. (h), *Reforma constitucional de 1994...*, cit., p. 71.

⁵⁹ Sostiene Frías que “es correcto el uso de la expresión convenios y no tratados, que quedan reservados a la Nación” (“El federalismo en la reforma constitucional”, ED 158-1126). Piombo sostiene que “aun cuando la doctrina iusinternacionalista emplea con similar alcance las palabras convenio, pacto y tratado para referirse a los acuerdos entre Estados soberanos, la voz tratados siempre exterioriza lo conceptualmente más genérico y comprensivo (...) En el siglo actual la palabra tratado sugiere un acuerdo más formal o de mayor importancia o jerarquía” (PIOMBO, Horacio D., *Teoría general y derecho de los tratados interjurisdiccionales internos*, cit., ps. 140/141).

⁶⁰ BADENI, Gregorio, *Reforma constitucional...*, cit., p. 438, y QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Curso de derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1985, ps. 168.

la política exterior delegada al gobierno nacional. En consecuencia, concordamos con Sagüés en que “los convenios provincial-internacionales no deben exceder en su contenido las competencias provinciales (razón por la que solamente pueden operar en los temas propios de las provincias, o en los que poseen facultades concurrentes con la Nación) y además tienen que respetar el derecho federal (constitucional e infraconstitucional) existente, previo y posterior al convenio provincial-internacional”⁶¹.

En segundo lugar, la Constitución prescribe en este art. 124 que los convenios no deben ser incompatibles con la política exterior de la Nación, ni afectar las facultades delegadas al gobierno federal. Respecto del límite de incompatibilidad, compartimos con Badeni que los acuerdos internacionales de las provincias no deben “oponerse a los lineamientos de política exterior establecidos por el gobierno federal”, como, por ejemplo, efectuarlos con Estados extranjeros cuyas autoridades no reconoce el Estado nacional o con los cuales está en conflicto⁶².

El otro límite, no afectar las facultades delegadas al gobierno nacional, se relaciona con el anterior, pues en nuestra federación, de acuerdo con la distribución de competencias de la Constitución Nacional, la política exterior corresponde a aquel gobierno, según los arts. 27, 75 (incs. 7º, 11, 13, 15, 16, 18, 22, 24, 25, 26 y 28), 99 (incs. 7º, 11 y 15), 124 y 126.

En tercer lugar, también se establece como límite en el artículo, que los convenios no afecten “el crédito público de la Nación”. Sobre el particular, nos parece ajustado el comentario de Natale, quien también fue constituyente de 1994: “¿Qué se entiende por afectar el crédito público de la Nación? ¿Responsabilizar al gobierno federal por las obligaciones crediticias de las provincias, o someterlas a la aprobación previa de la autoridad financiera nacional?”; y responde el jurista de Rosario: “Es notorio que las provincias, por sí, no podrían comprometer a la Nación, salvo que ésta se hubiese obligado como avalista. En este supuesto, las provincias no afectarían a la Nación, sino que ésta se habría comprometido en garantía de aquéllas. Si descartamos esta respuesta, nos queda la otra: al decir que las provincias no pueden afectar el crédito público de la Nación, la Constitución ha querido limitar su capacidad de endeudamiento para evitar que las reservas del país, o su crédito, puedan alterarse por los compromisos provinciales (...) Las provincias pueden asumir compromisos crediticios internacionales. No necesitan autorización ni aprobación del gobierno federal. Su obligación se limita a ponerlo en conocimiento del Congreso Nacional”⁶³.

⁶¹ SAGÜÉS, Néstor P., “Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994”, LL del 11/3/1994.

⁶² BADENI, Gregorio. *Reforma constitucional...*, cit., p. 438.

⁶³ NATALE, Alberto. *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 177/178.

En cuarto lugar, la Ley Suprema prescribe como límite y requisito el conocimiento del Congreso Nacional. Reiteramos que aunque el Congreso no puede aprobar o desaprobar el convenio, al efectuar el control pertinente de constitucionalidad, tiene suficientes atribuciones como para recurrir ante el Poder Judicial o disponer la intervención federal, si se violentan los principios de la Ley Suprema. Esto también debe vincularse con la eventual responsabilidad internacional que le puede corresponder al Estado federal por el convenio, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 —ratificada por la ley 19.865—, arts. 27 y 46, y la circunstancia de que las provincias no son sujetos del derecho internacional.

Nosotros debemos confiar en la ponderación y prudencia con que las provincias están desarrollando estas gestiones internacionales y esperar que en el futuro los convenios internacionales se celebren en cumplimiento de las prescripciones constitucionales analizadas. Estamos convencidos de la irreversibilidad de este proceso de integración supranacional, que requerirá del ejercicio de relaciones interjurisdiccionales que importarán la reforma de los Estados, la modernización institucional y la elevación de nuestra cultura política.

d) Las provincias y el dominio originario de los recursos naturales

También el art. 124 reconoció a las provincias el dominio originario de los recursos naturales.

En el debate en general en la Convención Nacional Constituyente expusimos al tratarse el dictamen de la Comisión de Redacción: “Finalmente, se indica que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio. Esto significa reafirmar los principios de los arts. 3º, 13 y 104 de la Constitución Nacional. Se trata de una unión indestructible de estados indestructibles, como lo dijo el juez Chase en una famosa causa sancionada por la Corte Suprema de Justicia norteamericana. Entendemos que las provincias tienen el dominio de todo su territorio: suelo, subsuelo, espacio aéreo y sobre el litoral marítimo. Por supuesto que también creemos que el dominio se hace extensivo a todos los recursos renovables o no. Oportunamente habrá que seguir los lineamientos de Frías, de Bidart Campos, de Cano y del Consejo de Consolidación de la Democracia que, respecto del mar, establecieron que una cosa es el dominio y que deben existir formas de jurisdicción concurrente para una explotación racional de los recursos entre gobierno federal y provincias, a través de empresas federales que naturalmente logren el mejor aprovechamiento posible”⁶⁴.

El agudo proceso de centralización que sufrió el país tuvo como uno de sus aspectos más negativos el avance del gobierno nacional sobre el dominio de los recursos naturales de las provincias. Ese desapoderamiento se fue afirman-

39

⁶⁴ HERNÁNDEZ, Antonio M. (h), *Reforma constitucional de 1994...*, cit., p. 71.

do en leyes del Congreso y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que bajo nuestro punto de vista presentaban la tacha de inconstitucionalidad, pues si bien el texto de 1853/1860 no definía expresamente la cuestión, debían aplicarse los principios federales de los arts. 1º, 3º, 13 y 104. Incluso llegamos —durante la corta vigencia de la reforma de 1949— al reconocimiento del dominio nacional según el art. 40, que constitucionalizaba el despojo.

Por eso, esta asignación a las provincias del dominio originario de los recursos naturales, efectuada por la Convención de Santa Fe y Paraná de 1994, debe observarse como una contundente expresión del fortalecimiento del federalismo argentino, que fue una de las grandes ideas-fuerza de la reforma.

También compartimos esta interpretación de Natale⁶⁵: “Afirmado el título de origen, por un acto presente como es la incorporación constitucional, no puede ser sustraído a las provincias sin el consentimiento de sus legislaturas (art. 13). Al no haber mediado ese consentimiento, deben restablecerse los derechos vulnerados. ¿Cómo se hará ese restablecimiento? Por medio de las leyes que el mandato constitucional está disponiendo. Si el Congreso no las sanciona, ¿pueden las provincias intentar la retroversión? En ese caso, ¿cuál es la vía apropiada?”; y responde el destacado ex convencional constituyente: “Pienso que sí, que la inacción parlamentaria habilitaría la acción de las provincias y la vía adecuada sería la judicial (art. 117)”.

Aclaremos además que para nosotros, por la reforma constitucional ya producida, la legislación centralista ha perdido sus efectos, por una elemental aplicación de la gradación normativa, determinada por el art. 31 de la Ley Suprema de la Nación.

Respecto de la extensión del dominio provincial, consideramos pertinente recordar su alcance antes de la reforma. Frías⁶⁶ así lo había sintetizado:

“— Las tierras que no tengan otro dueño, sin perjuicio del dominio público comunal;

“— Los caminos, salvo que pertenezcan a la Nación, pero ésta ejerce jurisdicción —con o sin dominio— sobre el sistema troncal de caminos nacionales y sus obras complementarias;

“— Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico;

“— Las islas, si el álveo al cual acceden es provincial;

“— El mar Argentino hasta doscientas millas, con jurisdicción restringida a tres millas en concurrencia con la Nación, y sin los recursos naturales que ésta se atribuye;

“— Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros;

“— Las playas de mar y las riberas internas de los ríos;

⁶⁵ NATALE, Alberto. *Comentarios sobre la Constitución...*, cit., p. 180.

⁶⁶ FRÍAS, Pedro J. y otros. *Derecho público*, t. I, p. 395/396.

“— Los ríos navegables, con jurisdicción federal sólo en cuanto a la navegación y comercio interprovincial e internacional;

“— Los ríos no navegables, considerando competente al gobierno federal en cuanto a la contaminación de las aguas de los interprovinciales, pero no para regular su uso, que debe acordarse por tratados interprovinciales, sin perjuicio de la jurisdicción de la Corte Suprema en caso de conflicto;

“— Los lagos, navegables o no, si a la provincia pertenece el lecho;

“— El espacio aéreo, excepto para las comunicaciones interprovinciales o internacionales que son de jurisdicción federal.

“En términos generales, aunque el dominio sea provincial, la jurisdicción será federal en cuanto afecta al comercio o la navegación interprovincial e internacional. En el caso particular del dominio hídrico, el gobierno federal tiene poder concurrente con las provincias para el desarrollo de los recursos de ese origen; la legislación vigente autoriza también al gobierno federal a establecer su jurisdicción sobre las grandes obras hidroeléctricas. Esta apretada síntesis supone introducir o tomar partido en cuestiones discutidas, pero en su mayor parte son afirmaciones pacíficas de la doctrina nacional”.

Luego de la reforma, estimamos que se han operado cambios sustanciales en dicha enumeración, respecto de los puntos antes controvertidos como el mar, hidrocarburos, minerales, los recursos hídricos y la energía, y que no sólo alcanzan al dominio, sino también a la jurisdicción. Un ejemplo notable en este último aspecto es la modificación efectuada en el art. 75, inc. 30, que deja a salvo el ejercicio de los poderes de policía y de imposición de provincias y municipios en los establecimientos de utilidad nacional, siempre que no interfieran su específica finalidad y que reviste especial trascendencia para el futuro del federalismo.

La última parte de la norma que comentamos hace referencia al territorio, y ello también se vincula con la extensión del dominio de los recursos naturales por las provincias. Así lo dijimos en la Convención Constituyente, en nombre de la Comisión de Redacción, en el debate en particular de la norma: “Cuando nos referimos al alcance de lo que corresponde a las provincias en cuanto al dominio de los recursos naturales existentes en su territorio, la comisión interpreta que el territorio comprende tanto el suelo, como el subsuelo, el espacio aéreo y el litoral marítimo. Por supuesto, también son de dominio de las provincias los recursos renovables o no”⁶⁷.

Esta clara definición constitucional sobre el dominio de los recursos naturales por las provincias en sus respectivos territorios ha significado un cambio trascendental para afirmar el federalismo económico.

⁶⁷ *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, t. IV, Santa Fe-Paraná, 1994, p. 3864. Uno de los temas más importantes es el del mar, donde ya no pueden quedar dudas sobre dominio de las provincias costeras, tal como lo venían señalando antes de la reforma Frías, Bidart Campos, Díez y Marienhoff, entre otros autores. El Congreso también deberá modificar el alcance de la jurisdicción provincial en el mar, así como avanzar en fórmulas asociativas con la Nación, para la explotación de los recursos inmensos de la “zona económica exclusiva” que

Para hacer realidad esta norma en su extraordinaria dimensión, serán necesarias algunas modificaciones sustanciales en la legislación vigente todavía y en la futura por sancionarse, en materias como hidrocarburos, pesca, minerales, bosques, flora y fauna.

Existe una primera responsabilidad del Congreso de la Nación en tal sentido, donde todavía no advertimos la respuesta que debe esperarse, atento a la obligación de reglamentar los principios de la Ley Suprema, con respeto a su letra y espíritu.

Pero no podemos dejar de señalar también la responsabilidad de las provincias, que tienen que defender celosamente los derechos que les corresponde de manera indubitable, y por ello compartimos la afirmación de Natale, sobre la posibilidad de recurrir ante la justicia para hacerlos valer.

Asimismo, consideramos que para la exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales, con un concepto de desarrollo sustentable, se abre un campo amplísimo para el federalismo de concertación, mediante la utilización de las relaciones y entes interjurisdiccionales. Esta modernización institucional, fundamental para los gobiernos federal, provinciales, de la Ciudad de Buenos Aires y municipales, e incluso con el nivel regional, será el requisito indispensable para afrontar el gran desafío que supone transformarnos en un país desarrollado, integrado y equilibrado.

No desconocemos que este proceso demanda una elevación de nuestra cultura política, para poder superar al individualismo exacerbado, las tendencias corporativas y la imposibilidad —que muchas veces padecemos— de proyectar y ejecutar políticas arquitectónicas frente a los problemas estructurales de la sociedad y el Estado argentinos.

e) Organismos de seguridad social y otras facultades concurrentes

La reforma constitucional de 1994, en el art. 125, agregó el siguiente párrafo al anterior art. 107: “Las provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura”.

Antes hicimos referencia a los organismos de seguridad social, cuando estudiamos la distribución de competencias. Allí sostuvimos que la norma ratificaba las disposiciones del art. 14 bis, en defensa de las autonomías provinciales, frente a las presiones efectuadas para el traspaso de las cajas de jubilaciones provinciales al orden federal.

“Es decir —expresan Eduardo Menem y Roberto Dromi⁶⁸—, el art. 125 reserva para las provincias la posibilidad de mantener la autonomía del funcio-

namiento previsional de sus propios empleados (...) Además, está el tema de los sistemas jubilatorios y asistenciales, de organizaciones profesionales como entidades públicas no estatales —colegios de escribanos, de abogados y análogos— que tienen una larga tradición en muchas provincias y que no pueden ser incorporados compulsivamente a un sistema nacional (...) Esta facultad, además de preservar los derechos adquiridos y el carácter administrativo de la materia y respetar la voluntad de las provincias, es de su competencia exclusiva y excluyente”.

La cuestión se inscribe, bajo nuestro punto de vista, en el fortalecimiento de otro aspecto del federalismo: el específicamente social.

También en la mencionada oportunidad anterior observamos la ampliación de facultades concurrentes para las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, efectuada por el art. 125. Esta norma debe correlacionarse con el art. 75, inc. 19, que contiene la cláusula nueva del progreso o del desarrollo humano, y cuya extraordinaria importancia huelga destacar.

Las materias comprendidas —promoción del progreso económico, desarrollo humano, generación de empleo, educación, ciencia, conocimiento y cultura— integran el aspecto social del federalismo en su más amplia dimensión, como lo veremos en el punto siguiente.

Más específicamente con los aspectos económicos, podemos señalar la promoción del progreso económico y la generación de empleo.

Estas facultades se sintetizan en la promoción del desarrollo humano, como finalidad suprema del orden constitucional, según la noble filosofía libertaria y humanista que impregna sus altos valores, cuya enunciación comienza con el Preámbulo impar.

Este mandato de la Ley Suprema también compromete hondamente la inteligencia e imaginación de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires, para dar cumplimiento a tan peraltado objetivo.

f) Principios federales en educación, ciencia y cultura

Además del art. 125, que menciona estas materias como concurrentes, el art. 75, sobre atribuciones del Congreso, expresa en su inc. 19, tercera cláusula: “Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales...”, y en su cuarta cláusula: “Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

La reforma no sólo ha confirmado —como antes lo vimos—, la distribución constitucional de competencias existente, sino que al referirse a las facultades congresionales en educación y cultura, ha impartido precisas directivas de naturaleza federal. No puede interpretarse de otra manera el respeto a las “particularidades provinciales y locales” o la protección de la “identidad y plu-

⁶⁸ MENEM, Eduardo - DROMI, Roberto, *La Constitución reformada, comentada interpretada y concordada*. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, ps. 404/405.

alidad cultural”, de la “libre creación y circulación de las obras” y del “patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

En consecuencia, el Congreso, al dictar leyes reglamentarias, deberá cumplir escrupulosamente con estos principios federales en la educación y la cultura, que son esenciales para la argentinidad y para nuestra realidad una y diversa. Las provincias y los municipios, por su parte, están obligados a poner especial énfasis en el ejercicio de estas competencias concurrentes, de notable trascendencia, para impedir que una deshumanización a través de medios masivos de comunicación, termine con nuestros valores y tradiciones. Por ello, uno de los aspectos más importantes del proceso de globalización es el cultural, y precisamente con relación a dicho ámbito se ha creado la palabra “glocal”, para expresar la vinculación de lo global con lo local ⁶⁹.

Por otra parte, las referencias a la educación, la ciencia y el conocimiento en el art. 125 nos imponen otro gran desafío rumbo al siglo XXI, que será el “siglo del conocimiento”, y para el cual necesitamos siempre recordar la formidable obstinación de Sarmiento y de otros prohombres de la nacionalidad, en ese sentido.

Asimismo, en el proceso de descentralización de funciones y servicios que se está operando en el país, las responsabilidades locales serán cada vez mayores, particularmente en la educación. Pero lo propio también ocurrirá en conocimiento y en ciencia y tecnología —más allá de sus vinculaciones con la educación—, puesto que la integración, la competitividad y las reglas del orden económico mundial así lo requerirán.

Se comprende, entonces, que la reforma de 1994, para fortalecer el federalismo, abordó estos temas que hemos ubicado dentro de sus aspectos sociales.

VI. LA REALIDAD DE NUESTRO FEDERALISMO Y EL INCUMPLIMIENTO DEL PROYECTO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Acabamos de observar que el federalismo argentino en su *faz normativa* se ha desarrollado en tres etapas: 1853, 1860 y 1994.

Para completar dicho análisis, debemos resaltar que a partir de la década de 1950 se produjo el tránsito del federalismo “dual” o competitivo al federalismo “cooperativo” (como lo denominaron los autores norteamericanos) y que Frías ha llamado de “concertación” ⁷⁰.

Es que comenzaron nuevamente a ejercitarse las atribuciones del art. 107 (hoy 125) del texto constitucional de 1853/1860, que dispuso: “Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de

⁶⁹ Véase nuestra obra *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*. Depalma, Buenos Aires, 2000, donde explicitamos el concepto de globalización y sus distintos aspectos, que fundamentan este nuevo neologismo.

⁷⁰ FRÍAS, Pedro J., *Derecho público provincial*.

intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso federal...”.

En efecto, los pactos interprovinciales, que habían dejado de celebrarse en 1853, comienzan a aparecer tímidamente a partir de 1948, para luego afirmarse a fines de la década del 50, y así continuar hasta la actualidad, con distintos objetivos y denominaciones, que posibilitaron la construcción de puentes y un túnel interprovincial, el tratamiento de los ríos interprovinciales como unidad de cuenca, la creación de comités hídricos, la creación del Consejo Federal de Inversiones y de otros consejos federales para diversas materias, así como para la solución de problemas y tratamiento de proyectos.

En consecuencia, nuestra forma de Estado fue descentralizada desde el inicio, a través del federalismo y el régimen municipal, consagrados a partir de la sanción constitucional de 1853.

Como vimos, dicho federalismo se “descentralizó” en la reforma de 1860 al modificarse la influencia alberdiana y, finalmente, en 1994, se avanzó notablemente en la descentralización del poder, que abarca no solamente la profundización del federalismo, sino también el reconocimiento de la autonomía municipal y la institucionalización de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ⁷¹.

Pero a lo largo de la historia argentina hemos padecido un profundo proceso de centralización, que ha producido una notoria discordancia entre la Constitución formal y la realidad vigente. Ello significa la consideración del federalismo en su *faz sociológica o realista*, que apunta a la observación de la real vigencia de su *faz normativa*.

Al incumplimiento del proyecto federal de la Constitución han concurrido una multiplicidad de razones, que Frías ha sintetizado en: a) el avance del gobierno federal sin adecuada resistencia de las provincias; b) el desarrollo de las virtualidades centralizadoras de la propia Constitución, y c) la infraestructura de concentración socioeconómica en el área metropolitana de Buenos Aires en desmedro del interior y del equilibrio del país ⁷².

Finalizamos el desarrollo de este último punto sobre el incumplimiento del proyecto federal de la Ley Suprema, reiterando los siguientes conceptos

⁷¹ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo, autonomía...*, cit., donde estudiamos detenidamente estas cuestiones. El debate sobre la descentralización del poder —en el cual tuvimos el honor de participar en nuestro carácter de vicepresidente de la Comisión de Redacción— insumió gran parte de la actividad de la Convención, y tal como lo indicamos en la obra citada, abarcó tres grandes capítulos: el federalismo, la autonomía municipal —que fue consagrada indiscutiblemente en el art. 123 de la Ley Suprema— y la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, a la cual se le reconoció la categoría de ciudad-Estado, con una jerarquía institucional muy similar a la de las provincias, según se desprende del art. 129 de la Ley Suprema vigente.

⁷² Conf. FRÍAS, Pedro J., “La provincia argentina entre Alberdi y la realidad”, en *Homenaje a Juan Bautista Alberdi*, t. I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, ps. 58/59 (en coautoría), y sus obras anteriores *Introducción al derecho público provincial*, cit.; *Derecho público provincial*, cit., y *El proceso federal argentino*, entre otras. La descentralización sufrida por nuestro país.

contenidos en un artículo que tituláramos “El fracaso del proyecto centralista”⁷³, ya que ambas cuestiones están íntimamente entrelazadas: “Los recientes informes de fines del año 2002 sobre Desarrollo Humano de las Naciones Unidas y del Instituto de Investigaciones de la Bolsa de Comercio de Córdoba han coincidido en su diagnóstico sobre los graves problemas de desigualdad, injusticia, inequidad y desintegración, ocasionados, entre otras causas, por la extrema centralización del país. Baste observar para ello los índices de desarrollo humano contenidos en el primero de los Informes, que en el caso de Formosa como punto más bajo alcanzan a 0,156 y que en el caso de la Ciudad de Buenos Aires como punto más alto, llegan a 0,867, o sea casi seis veces más, como demostración de las diferencias en relación al territorio”.

Se han confirmado los peligros y males que desde el siglo XIX señalaron, entre otros, Alberdi en sus *Bases* al oponerse a la capitalización de Buenos Aires, Sarmiento en *Argirópolis*, y Alem en su famosa profecía del 80 en el debate sobre la federalización de la Ciudad de Buenos Aires. Ya en el siglo XX, Martínez Estrada nos habló de la “cabeza de Goliath”, y más recientemente Félix Luna, en su libro *Buenos Aires y el país*, sostuvo que éste es un problema estructural no resuelto que atraviesa toda nuestra historia.

Este fenómeno notable de concentración que alcanzara todos los órdenes de la vida social argentina con relación a su capital y que se repite en casi todas las provincias, ha sido similar al producido en otros países latinoamericanos, que desafortunadamente no han podido evitar este rasgo común a las sociedades subdesarrolladas, que presentan un inadecuado ordenamiento territorial, con marcadas asimetrías.

El proceso de centralización del país en torno a su área metropolitana de Buenos Aires, donde en menos del 1% del territorio se asienta casi el 35% de la población, se complementa con la circunstancia de que casi el 80% de la producción argentina se origina en un radio que no excede los 500 km a partir de dicha área.

Para nosotros resulta claro que el federalismo como forma de Estado consagrada en la Constitución Nacional de 1853 y 1860 fue una decisión correcta para solucionar los graves problemas políticos, económicos y sociales de un país tan extenso, que necesitaba de una efectiva descentralización del poder.

Pero también pudo observarse que la dificultosa vigencia de la Constitución se hizo particularmente evidente en este aspecto, ya que en la realidad se fue imponiendo un proyecto unitarizante, de centralización del poder en el gobierno llamado federal, asentado en el puerto de Buenos Aires, que fue avanzando sobre el diseño constitucional y las autonomías provinciales, así como tampoco se respetaban las autonomías municipales.

Este proceso negativo no pudo ser impedido ni siquiera por la reforma constitucional de 1994, que tuvo como una de sus ideas fuerza la profundización de la descentralización del poder.

“Nosotros vinculamos este proceso a la anomia que padecemos, como señalara Carlos Nino en su libro titulado *Un país al margen de la ley* y que anticipara Juan Agustín García hace años al sostener que los argentinos teníamos un verdadero desprecio por la ley.

“Por ello, se incumplió el proyecto federal de la Constitución y se consolidó el proyecto centralista y unitarizante, que como hemos observado, ha fracasado a juzgar por sus resultados disvaliosos.

“Sostenemos entonces que esto es lo que hay que corregir, abandonando el centralismo, en lugar de confundirse con la idea de modificar el federalismo, que ha sido bien definido en el texto constitucional —pero incumplido—, como otros aspectos del proyecto constitucional. En consecuencia, el cambio debe apuntar a una elevación de la cultura política y jurídica que respete y asegure la fuerza normativa de la Ley Suprema y de su proyecto federal”⁷⁴.

EL PROCESO FEDERAL ARGENTINO, SU SITUACIÓN ACTUAL. AUTONOMÍA Y DEPENDENCIA

por PEDRO JOSÉ FRÍAS *

I. EL FEDERALISMO EN REGRESIÓN

1. Introducción

El reparto de competencias entre la Nación y las provincias viene de un fondo histórico signado por el espacio territorial, las tradiciones locales y las luchas de unitarios y federales. Alberdi inspiró un régimen mixto de descentralización y gobierno fuerte. El nuestro fue un federalismo definido con el mayor rigor de la ciencia política pero movilizado hacia la unidad del Estado-Nación.

Según el art. 121, las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal. Además de las facultades conservadas y delegadas, las hay concurrentes, de gestión común.

Los poderes remanentes son los conservados por las provincias. Una especie de ellos son los reservados al tiempo de su incorporación, cuyo único ejemplo son los privilegios reconocidos al Banco de la Provincia de Buenos Aires, a consecuencia del Pacto de San José de Flores, que está eximido de tasas que todos los demás bancos de provincia pagan al Central.

⁷⁴ Asimismo, cuando ejercimos la Presidencia de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional impulsamos un estudio interdisciplinario sobre la base de una encuesta sobre la cultura constitucional en Argentina, que arrojara resultados sumamente graves y que nos hiciera concluir en que somos una sociedad anómica. Véase el libro de HERNÁNDEZ, Antonio M. - ZOVATTO, Daniel - MORA Y ARAUJO, Manuel, *Encuesta de cultura constitucional. Argentina, una sociedad anómica*, Universidad Nacional Autónoma de México y Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Ciudad de México, 2005.

⁷³ Publicado en el diario *La Nación* del 8/10/2002.

Los poderes delegados al gobierno central son enumerados, es decir, son los ex lícitos más los implícitos del inc. 32 del art. 75; los poderes provinciales son indefinidos; los concurrentes son coextensivos a "la prosperidad, al adelanto y bienestar de todas las provincias", según el inc. 18 del mismo art. 75, o sea, al desarrollo, como decimos hoy, al fomento, como decíamos antes.

2. Decrecimiento de los poderes provinciales

Decía Gorostiaga que en estos poderes remanentes e indefinidos de las provincias estaba la parte principal del derecho público argentino. ¿Qué ha ocurrido para que hoy, al contrario, nos parezcan tan instrumentales y secundarios?

Han ocurrido tres "accidentes" en el proceso federal argentino, que son bien conocidos por todos:

— Se han desarrollado las virtualidades centralizadoras de los poderes delegados.

— Han mediado distorsiones del federalismo.

— Ha cambiado, deformándose, la infraestructura socioeconómica.

En primer lugar, el cambio social y técnico ha desarrollado, a veces inesperadamente, ciertos poderes delegados a la Nación. El inc. 13 del art. 75 es un ejemplo bien conocido en los países descentralizados: la jurisdicción federal sobre el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí lleva consigo todas las formas de comunicación interjurisdiccional con su enorme importancia como tecnoestructura. Los poderes implícitos han hecho de la atribución de crear un Banco, con facultad de emitir billetes (inc. 6º) y de hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras (inc. 11), la dirección de la economía y del crédito hasta el punto de ejercerla por medio de comunicaciones telefónicas del Banco Central.

Pero si estos desarrollos rara vez son objetables desde el punto de vista constitucional, no ocurre lo mismo con las distorsiones sufridas por nuestra forma de Estado. En efecto, las hay derivadas del liderazgo nacional que se expresa a través del presidente, a veces, de los bloques legislativos, que mediatiza la personalidad provincial, no tanto a favor de la única soberanía de la Nación, cuanto a la preocupación uniformante de la política. También hay distorsiones nacidas del desconocimiento de las posibilidades cooperativas de un federalismo de concertación, que a través de convenios permite unificar una política, ignorancia que antes dio lugar a la sustitución de las competencias provinciales en asuntos que aconsejaban coordinación. Por fin, hay distorsiones que imprimieron carácter a la Argentina interior como la mezquina cuota que el conjunto de las provincias tuvo en la coparticipación federal hasta 1973.

Dije también que el cambio en la infraestructura económica social denunciaba un comportamiento tendencialmente unitario. Y así es porque el 80% de la riqueza nacional está concentrada en el 20% del territorio.

II. FEDERALISMO EN RECUPERACIÓN

La transición democrática, a partir de diciembre de 1983, ha desembocado en la recuperación franca en los hechos y en las ideas, excepto en las relaciones financieras. Podemos decir que en 1987 la "desfederalización" ha tocado fondo y las tendencias se revierten. Los Estados unitarios se regionalizan. La comunidad académica confirma su interés por las autonomías. El gobierno central no "sucursaliza" a las provincias argentinas. El diálogo federal prosigue, aunque no sin sobresaltos. La actividad interjurisdiccional crece como modo de suplir la insuficiencia eventual de las competencias aisladas. La descentralización territorial del poder se enriquece siempre con su destinación nacional. El ciclo constituyente provincial, incesantemente renovado, con reformas totales y algunas parciales que no ha esperado la revisión de la Constitución Nacional, manifiesta esa misma energía autonómica. Se nos ha prometido una reforma del Estado para lograr una deseada pero hipotética descentralización, participación y eficacia. Concluyo aquí esta "recuperación" limitada del federalismo.

III. LAS RELACIONES FEDERALES Y SUS NUEVOS ESCENARIOS

1. Normas y principios

Más que hablar "de nuevo" de régimen federal, tenemos que reconocer que la reforma ha pasado en limpio el proceso federal ya cumplido a través de alguna jurisprudencia, del Acta de Reafirmación Federal de Luján, de los dictámenes del Consejo para la Consolidación de la Democracia, de la doctrina y del ciclo constituyente provincial¹.

La reforma ha sido prudente luego de tensas negociaciones. Contempla todos los aspectos del contencioso federal². Una síntesis sería la siguiente:

— El carácter contractual más que estático del actual federalismo de concertación.

— Una mayor participación de las provincias y de los órganos legislativos.

— La promoción del desarrollo humano con justicia social.

— Una mayor solidaridad federal en coparticipación e igualdad de oportunidades.

— Las bases de la educación con identidad y pluralidad cultural.

— Los poderes de policía e imposición de las provincias en los establecimientos de utilidad nacional en tanto no interfieren en sus fines.

¹ Bajo la denominación genérica de "régimen federal", la Convención Reformadora ha sustituido cinco incisos en el art. 67 y ha agregado dos incisos bis; ha reemplazado los arts. 68 y 106, y agregado un 106 bis; ha añadido un último párrafo al art. 107 y una cláusula transitoria.

² Todos los temas aquí tratados han sido analizados en *La provincia argentina; Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980, en *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1987 y *El proceso federal*.

- Autonomía municipal a reglar por cada provincia.
- La creación de regiones.
- Convenidos internacionales que no afecten la política exterior ni el crédito público de la Nación, con conocimiento del Congreso.
- Transferencias con reasignación de recursos.
- El dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales.
- Su derecho a conservar organismos de seguridad social para sus empleados públicos y profesionales.

2. Los principios de subsidiariedad, solidaridad federal y concertación

El texto constitucional está presidido por dos principios: el de la subsidiariedad, implícito, y el de solidaridad federal.

Es una lástima que lo que hizo la Constitución de Tierra del Fuego no lo haya hecho la Convención de Santa Fe: mencionar el principio de subsidiariedad, que está por el Tratado de Maastricht en el corazón de la Unión Europea. Subsidiariedad es atribuir la gestión administrativa al nivel de gobierno más bajo y más cercano del usuario, si es apropiado. Deriva de la doctrina social católica, es un principio democratizador por excelencia, porque baja obras y servicios a las bases sociales. Subsidiariedad quiere decir que las responsabilidades deben asignarse a los particulares antes que al Estado, al municipio antes que a la provincia, a la provincia antes que a la Nación. Lo malo es que la subsidiariedad nunca tuvo buena prensa en nuestra clase política. Pero el Congreso Internacional de Derecho Comparado reunido en Atenas en agosto de 1994 lo ha reconocido como principio constitucional.

La solidaridad federal sí está mencionada y se traduce en la participación de las provincias y en los criterios de distribución de los recursos de coparticipación y en el desarrollo armónico del país para la igualdad de oportunidades.

Hace ya muchos años opuse al federalismo preceptivo el federalismo de negociación. En realidad, no lo opuse, sino que auspicié el desarrollo de la concertación. Es una característica actual del proceso federal, como lo reconoce en su libro Antonio La Pèrgola, el constitucionalista italiano más querido por sus colegas iberoamericanos. Es reconocer que el federalismo no es ya estático, puramente normativo, sino contractual: se acuerda entre la Nación y las provincias, o las provincias entre sí; se desarrollan políticas intercomunales; la gestión es marcadamente intergubernamental. Cuando Maurice Croisat recela de que las relaciones entre niveles administrativos aumenten la intervención centralista, no tiene en cuenta que esas relaciones son las que superaron la aguda desfederalización del mundo occidental.

La ley-convenio de coparticipación nace de la concertación entre las provincias y la Nación; el control del sistema estará a cargo de un organismo fiscal federal; el Banco Central será federal con el margen de regionalización operativa que autorice el Congreso, según el modelo alemán, suizo o norteamericano;

no; el gobierno central tendrá que acostumbrarse a poderes provinciales de perfil bajo en las extensas áreas que en la provincia ocupan los parques nacionales y las empresas de gas, petróleo o hidroelectricidad; acostumbrarse también a la integración transfronteriza sin su tutela; a las gestiones internacionales de las provincias sobre sus poderes conservados o concurrentes. Las provincias, a su vez, deberán concertar con sus municipios autónomos, aunque el grado de esa autonomía, como corresponde, será definido por cada provincia. Y entre sí, las provincias deberán coordinarse en regiones de desarrollo, según sus propias iniciativas.

Opinable, como toda la reforma constitucional, hay que reconocer sin embargo que el régimen federal nace de una experiencia institucional que no asiste al núcleo de coincidencias básicas sobre el régimen político. Ésa es la diferencia. Pero, como siempre, los que interesan son los comportamientos.

3. Más sobre los nuevos escenarios

Omito el análisis de las reformas que conciernen a las provincias y que he estudiado³, para referirme más bien a la prospectiva de las relaciones federales.

a) La reinención del federalismo

El título es voluntariamente provocativo, ya que la reforma constitucional de 1994 mejoró las bases de la relación entre las provincias y la Nación. Las bases están más claras en coparticipación impositiva, dominio provincial de los recursos naturales, poder tributario y de policía en los establecimientos de interés nacional, a veces de gran extensión; en gestión internacional de sus poderes reservados y concurrentes que no afecte ni la política exterior ni el crédito de la Nación, etc.

¿Por qué entonces reinventar el federalismo argentino? Porque dos efectos no deseados de otras reformas nacionales pueden amenazar el equilibrio federal. Por una parte, la elección directa de presidente priva de todo protagonismo a las provincias de menor población. Es cierto que su sobrerepresentación en la elección indirecta era exagerada: tenían 150 electores en el colegio que elegía presidente y vicepresidente por arriba de su población. Pero con la elección directa, el poder de la provincia de Buenos Aires resulta incontrastable, con el 33% del padrón electoral. Esta desproporción, que refleja nuestra deformación demográfica, exige del Senado un comportamiento federal incisivo y lúcido, porque el Senado, a través de la representación paritaria de las provincias, no es sólo la Cámara de las autonomías, sino el árbitro federal. Pero la reforma del Senado en la Constitución no va en este sentido, salvo en cuanto al poder de iniciativa de dos cuestiones de mucha trascendencia que le recordarán su calidad de representante de las provincias. Digo que no van en este sentido

³ FRÍAS, Pedro J., "La reinención del federalismo", LL del 4/10/1994.

ni la elección directa de los senadores por el pueblo ni la representación que asumen los dos representantes tradicionales por la mayoría y el tercer senador por la primera minoría. El Senado queda más ligado que antes a los partidos y menos a los gobiernos.

b) Las provincias y el Senado

Como el Senado en la Argentina no se ha caracterizado por su comportamiento federal, hay que reinventarlo como Cámara de las autonomías. Mi propuesta doctrinaria ya se ha reflejado en unas pocas reformas constitucionales de provincias. Son éstas:

1) Como titular de la autonomía, la provincia tiene el poder implícito (donde la Constitución lo dice es explícito) de instruir a sus senadores en políticas que interesan a su provincia. En este caso, no temo resucitar el *cahier* del mandato imperativo.

2) La provincia tiene el poder implícito de exigir a sus senadores la rendición de cuentas de su gestión.

3) Los órganos políticos de la provincia —mejor, la Legislatura— pueden aprobar o desaprobar esa gestión.

En cambio, no hago mía la previsión de la Constitución riojana de pedir la destitución del senador, porque me parece que roza los privilegios del propio Senado.

Sólo atenuando la disciplina partidaria para fortalecer los intereses de provincia el Senado podrá arbitrar el equilibrio federal. Desde luego, hablo de los intereses permanentes de la integración federal, y no de sus aspectos coyunturales.

c) Otras experiencias

La reinención del federalismo argentino pasará por otras pruebas; por ejemplo:

— En las relaciones intergubernamentales que caracterizan la gestión de todo Occidente, debe evitarse diluir responsabilidades, vacíos de gestión y liderazgos posesivos. Los frecuentes encuentros de operadores provinciales y nacionales deben resguardar la dignidad y la responsabilidad de la gestión.

— Para darle a la Nación el banco federal que la Constitución reclama, el Banco Central tendrá que regionalizarse en alguna medida.

— El órgano fiscal federal que reemplazará a la Comisión Federal de Impuestos debería tener algo más de autonomía para no instrumentar sólo políticas coyunturales de emergencia.

— El resguardo de los intereses nacionales, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea Capital Federal, debe presidir la construcción de su justa autonomía.

— Aumentar el número de diputados nacionales no sólo acelerará la ingobernabilidad de esa Cámara, sino que atenuará la única sobrerrepresentación

que resta a las provincias de menor población que, por el hecho de elegir como mínimo cinco diputados, tienen 75 diputados nacionales de más. Es una anomalía feliz ahora porque contribuye al equilibrio federal, pero puede desaparecer.

— Para juzgar la gestión financiera provincial, a la que con razón se le reprocha el exceso de gastos, debe tenerse en cuenta que las transferencias de servicios desde la Nación a las provincias y municipios han aumentado ese gasto. El país ha cambiado de cajero.

Las expectativas de la sociedad argentina recaen más sobre la gobernabilidad, pero se van abriendo camino dos preocupaciones: la transparencia de la gestión pública y la equidad social o, si se quiere, la igualdad de oportunidades prometida en la Constitución reformada. El equilibrio federal hace tanto a la gobernabilidad como a la igualdad de oportunidades.

Desde Dardo Rocha el gobernador de la provincia de Buenos Aires no ha logrado ser presidente. Ahora se iniciará la tradición contraria: el gobernador será candidato natural a la presidencia si su gestión acrecienta su prestigio.

d) La igualdad de oportunidades

La Constitución histórica prometía igualdad desde su art. 16. Nuestros comentaristas la interpretaban como igualdad de los iguales. Sólo bastante tiempo después se enunció la fórmula de igualdad de oportunidades, que no postula una utopía de paridad absoluta. Es otra cosa: es que los hijos de quienes pertenecen a distintos estratos sociales tengan oportunidades, no queden excluidos. El debate de la “exclusión” es el que ocupa uno de los grandes escenarios de Europa.

¿Pero cómo se conjuga la igualdad de oportunidades con la afirmación de que los bienes públicos deben distribuirse igualmente a todos? Por bienes públicos entiendo los recursos tributarios, las obras públicas, los subsidios, hasta las zonas francas.

e) La difícil divisoria

La respuesta parece ser ésta: la distribución debe ser igual, a menos que la desigualdad favorezca a todos. ¿Cuándo favorece a todos? Cuando permite superar la extrema pobreza y los inhibidores del crecimiento, cuando recompone el capital social y humano indispensable para el desarrollo.

Los economistas se detienen en este punto. Si la igualdad de oportunidades se convierte en una dinámica distributiva mediocre, populista, donde sólo gobiernan en el mejor de los casos los buenos sentimientos, la ineficacia perturba el verdadero desarrollo humano, incluso el desarrollo con justicia social, como lo manda la Constitución reformada.

Es difícil para la política y la economía definir la línea divisoria entre políticas de equidad social y la ineficacia. Habrá siempre transacciones más o menos inteligentes, que unirán o diferenciarán a los decisores. Hasta aquí el planteamiento del tema.

f) *Los inhibidores de la igualdad*

Debo ser leal en exponer las dificultades de esta demanda de equidad que hago mía. Ante todo, conocemos poco los flujos redistributivos de la Argentina. Mejor el de la coparticipación, que será otro de los escenarios de la puja exasperada que proseguirá. Poco sobre todos los demás: el impacto de grandes emprendimientos públicos, del Mercosur, de las asignaciones familiares, de la promoción industrial, fondo vial, aportes no reintegrables, Fonavi, Fondo del Conurbano, etc.

En segundo lugar, Víctor Elías, de la Universidad de Tucumán, revela en sus estudios econométricos lo que nuestra experiencia regional nos demostraba: las tendencias hacia un equilibrado nivel de vida en el país, es decir, la convergencia hacia la igualdad, es muy lenta entre nosotros. La razón principal es que las provincias parten de capitales humanos por cabeza muy diferentes. Por ejemplo, Córdoba exporta a la Patagonia profesionales universitarios; San Luis exporta maestros; otros, mano de obra sin entrenamiento. La espontaneidad cuenta poco, pues, en la Argentina y debe haber políticas voluntarias.

Pero la voluntad política no funciona con pereza. Es que la economía y la política, escribe el politólogo Jean Leca, no se entienden. Afirma que las ciencias sociales y políticas se escuchan mejor, pero aunque la moral y la política son arquitectónicas respecto de la economía, la economía no las escucha. Ha cobrado un excesiva autonomía. Esto explica que la gente crea que los economistas carecen de sensibilidad. Probablemente no es así. La dificultad es superable, pero no objetiva. Échensele las culpas al capitalismo. No basta. Las buenas intenciones no bastan cuando hacen falta buenos resultados.

g) *Sobrecarga crítica*

Y hay un cuarto óbice a la dinámica distributiva: ampliar el mercado en las provincias argentinas en las que domina el empleo público es una "sobrecarga" que sólo gobiernos de muchísimo consenso pueden aguantar. Lo dijo Claus Offe de Europa del Este, y lo divulga Giovanni Sartori. Donde el empleo público lo domina todo, no hay ahorro interno ni empresariado de riesgo. No hay creación de empleos privados. Éste es el escenario que hay que modificar ⁴.

h) *La autonomía de Buenos Aires*

Sostuve hace años en *La Nación* que el intendente de la Ciudad de Buenos Aires debía ser designado en elección directa por los porteños y que este cambio no exigía reforma constitucional. Por un lado; podía interpretarse que ser el presidente "jefe inmediato y local de la Capital" no entrañaba una atribución,

⁴ El economista Antonio Besil ha demostrado que en el Chaco, en los últimos veinte años el empleo público se cuadruplicó respecto de la población.

sino que confería una inmunidad. El presidente está en su casa en la Capital. Por otra, tenía en cuenta el desarrollo de la autonomía municipal, primero en la doctrina, luego en el ciclo constituyente provincial, un poco tarde en la jurisprudencia de la Corte, y finalmente en la Constitución Nacional reformada.

Acepto sin reservas los preceptos sobre la Ciudad de Buenos Aires, pero no sin condiciones. Entre las once interpretaciones que he examinado, sin contar las expuestas en libros recientes, prefiero la del profesor de Córdoba Guillermo Barrera Buteler en su tesis. Sostiene, como muchos autores, que el régimen de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires no es el de ciudad-Estado ni provincia ni municipio del art. 123 de la Constitución Nacional. Es un municipio federado porque ha sido elevada la Ciudad, en cualquier tiempo, a sujeto de la relación federal, con poderes de legislación y jurisdicción propios. Sujeto de la relación como las provincias, sin serlo, es un privilegio nuevo, porque no son sujetos ni los municipios argentinos ni las regiones que las provincias podrán crear.

En suma, ¿qué diría yo? Diría que las provincias aspiran a que la ley que resguarda los intereses del Estado nacional en la Ciudad de Buenos Aires: 1) Reconozca la plenitud de su autonomía institucional, administrativa y financiera para la gestión urbana en regulación de servicios, transporte, educación, vivienda, salud, vialidad, relaciones metropolitanas, urbanismo, ambiente y otras competencias municipales; 2) que el Congreso retenga su carácter de Legislatura local en los demás ramos; 3) que se mantenga la estructura judicial actual y se reconozca a la Ciudad la justicia de faltas y menor cuantía; 4) que las fuerzas de seguridad concierten con la Ciudad las modalidades específicas de gestión. En la doctrina nacional sobre la reforma prevalece la prudencia, que no es necesariamente ni la desconfianza ni la restricción. La gradualidad para crear comportamientos institucionales maduros siempre necesita más tiempo y ahora llega ese momento.

Debo aclarar que con posterioridad he aceptado la noción de "ciudad-Estado", por la que se inclinan algunos autores, entre ellos Jorge de la Rúa y Antonio M. Hernández, porque una de las acepciones de Estado es territorio federalizado. Pero esto abre otra polémica porque Bidart Campos, entre ellos, niega que la Capital Federal sea ahora un territorio federalizado.

i) *La coparticipación impositiva*

Como era previsible, la distribución de los recursos fiscales dio origen a tensiones que se superaron con la fórmula del inc. 2º del art. 67 que constitucionaliza la ley-convenio, la solidaridad federal y, por lo tanto, la igualdad de oportunidades, la iniciativa del Senado y un organismo fiscal federal. No se incurrió en el error de fijar porcentajes en la distribución de impuestos, lo que ya había sido excluido en los documentos elaborados por la Mutual de la Dirección General Impositiva durante las sesiones de federalismo fiscal que compartimos.

37

La ley-convenio, “sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias”, ha sido reconocida en el texto, pero era ya una costumbre constitucional. La preveía el anteproyecto del convencional Antonio M. Hernández. La novedad que habíamos auspiciado es que el Senado tenga la iniciativa. Por lo demás, los poderes fiscales no han cambiado de titular. El texto reconoce que las “contribuciones” —lástima que se mantuvo esa palabra abandonada por el derecho fiscal— son concurrentes entre la Nación y provincias cuando son indirectas y sólo excepcionales para la Nación cuando son directas. Estamos de acuerdo en mantener la clasificación del texto de 1853, pues aunque se propone una nueva distribución de fuentes, la de directas e indirectas, no ofrece dudas y está en la tradición argentina. Ya dijo Alberdi que casi tan difícil como cambiar de idioma y religión es cambiar el sistema impositivo de un país. Todos son coparticipables y el régimen flexible.

Tres principios dominan la distribución primaria entre la Nación y el conjunto de las provincias entre sí: la automaticidad en la remisión de los fondos para evitar negociaciones de motivación política ajenas a los recursos; la justicia interregional para la homogénea calidad de las prestaciones estatales y la relación con los servicios que ofrezca cada nivel de gobierno. Estos tres criterios se resumen en la solidaridad federal.

El organismo fiscal de control tendrá representación de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires.

El inciso excluye de la coparticipación las asignaciones específicas y exige que las transferencias de servicios entre niveles de gobierno no sean compulsivas y, desde luego, sean financiadas.

La inteligencia política argentina tampoco estuvo a la altura del mandato constitucional de dictar esta ley antes del fin de 1996. Ya se sabe que en el Congreso hay un grave abandono de sus deberes constitucionales.

El debate de la coparticipación pendiente no será pacífico. Como la insolvencia de muchas provincias —afecta bien o mal— la legitimidad del plan económico, es probable que la Nación deba ceder: o algunos puntos en la distribución primaria, o una limitación de las detracciones en favor del Tesoro Nacional aún justificadas, o privarse de asignaciones que escapan al fondo de los recursos coparticipables. Hay propuestas para variar los índices actuales de la distribución primaria y secundaria. Los últimos aportes han sido recogidos por la Comisión de Coparticipación del Senado en su libro *Elementos para la discusión de una nueva Ley de Convenio de Coparticipación* (2001). Se prevé volver parcialmente a la recaudación por las provincias.

j) La municipalización de la vida pública argentina

La municipalización de la vida pública argentina es una de las consecuencias notables de la descentralización. El proceso concierne a lo institucional, pero también a la cultura política. **¡Llegaron los GIGAS que tu celu pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar**

Veamos:

— Luego de décadas, crece el interés de la clase política por la vida municipal. Ahora hay liderazgos contruidos desde la ciudad.

— Treinta años pasaron entre el libro de derecho municipal de Alcides Greca y el de Antonio Hernández en Córdoba, quien anticipó un significativo auge de la bibliografía municipal, que prueba el interés académico por los poderes locales.

— La autonomía municipal se afianzó primero en la doctrina, tardíamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema, antes en el ciclo constituyente provincial y ahora ha sido coronada por la reforma nacional de 1994.

Simultáneamente, hubo un cambio de cajero en el país, documentado en el informe de la Secretaría del Programa Económico sobre “El gasto público consolidado”. La Nación gastó en el trienio 1980/1983 el 23% del producto bruto interno (PBI), y sólo el 15% entre 1991/1993. Las provincias gastaron en el mismo período el 8% y 9,5%, y los municipios pasaron del 1,5% al 2,1%. De todos modos, el conjunto Nación-provincias-municipios disminuyó su gasto del 32,5% al 26,6%, lo cual ya revela una transformación profunda y necesaria. El gobierno nacional administra cultura, enseñanza universitaria, ciencia, tecnología y políticas básicas de salud y educación, seguridad social, control de sectores privados o concesionados, y la inversión pública en sectores prioritarios.

A sus competencias propias, las provincias sumaron planes sociales y el fondo educativo, etc., pasando a ejecutar del 29% del gasto público consolidado en 1980/1983 al 43% en 1993. Según el rubro de estos datos, varían (*La Nación*).

La transferencia de recursos y la gradualidad en las transferencias resulta tan imperativa como la disciplina fiscal y la optimización de la gestión. Sin ellas, no hay descentralización saludable.

IV. TIEMPO NUBLADO

Los poderes reconocidos a las provincias en la reforma constitucional nacional de 1994 tuvieron algún desarrollo, pero no el esperado por la insolvencia. La Argentina ingresó en el nuevo siglo con diez provincias en cesación de pago y las demás insolventes y endeudadas como la Nación misma.

El gasto y la deuda públicas pueden seguirse en los notables “Balances de la economía argentina” de la Bolsa de Comercio de Córdoba. Las estadísticas han cubierto páginas de los medios. El costo político ha sido *leit motiv* en la crítica a los partidos y a los gobiernos. La revista *La Nación* (24/6/2001), con números completos diferencia “gasto público y gasto político”.

Esta realidad ha tenido efectos en la reflexión de académicos y políticos. Jorge R. Vanossi nos ha desafiado a pensar en una disertación publicada por la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Alberto Novillo Saravia ha revisado con conclusión negativa la viabilidad de las provincias. Pero si algo puede asombrar es la propuesta del ex presidente Menem para modificar —se-

ría un acto fundacional— la estructura federal del país, suprimir las provincias para integrarlas en seis regiones y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Algunos economistas reconocen que en su fuero interno han comenzado a meditarlo.

Bien entendido, Alberdi se creería en otro país, no en la Argentina que desde el exilio ayudó a organizar. Se sentiría exiliado en su propio país de origen. Me sería fácil intentar una refutación. Me temo que si llegamos a la conclusión de que *las provincias no son viables, tampoco lo es la Argentina*.

El constitucionalista riojano Ricardo Mercado Luna nos recordó en la X Jornada de Reflexión sobre Federalismo del Instituto de esta Academia de Derecho de Córdoba, el principio de la indestructibilidad de las provincias. Y cita a Joaquín V. González: “Existe en este aspecto, una especie de mandato tácito de la Constitución Nacional en el sentido de imponer a las generaciones sucesivas, la conservación íntegra de las personalidades que realizaron el pacto federativo en cuya virtud se originó la Constitución”.

Y la Corte Suprema sentenció en 1937: “La Constitución ha fundado una unión indestructible pero de estados indestructibles”.

V. LOS DESAFÍOS

Las provincias pueden recuperarse si la sociedad argentina se acostumbra a vivir de sus ingresos, si es algo más creativa y se incorpora a la sociedad de conocimiento, si supera su falta de competitividad, si mantiene con la legitimidad de sus instituciones a los descontentos en la legalidad y así recupera la confianza externa.

Asimismo, si disminuye el gasto público ineficiente, el gasto político y la solidaridad se extiende de modo que no haya excluidos ni gente por debajo de las necesidades básicas.

Y es más: debe crecer en su dirigencia política y social el administrador estratégico.

El federalismo, arbitrando entre lo uno y lo diverso, merece atención porque está en cambio.

¿Qué cambio?, nos preguntaremos si nos distraemos de lo que ha causado la insolvencia generalizada del Estado.

Contesto que son varios, pero me detengo en los más importantes. Son dos: el federalismo es hoy tanto normativo —la Constitución Nacional y las provinciales— como contractual. La asociación y la coordinación se han hecho intensos, no ya sólo en la Ley de Coparticipación Impositiva —demorada en cuatro años—, sino en pactos fiscales y pactos federales, pero también en las modalidades que voy a sintetizar.

La contractualidad la señaló Antonio La Pégola, ex presidente de la Corte Constitucional de Italia, en su libro *Los nuevos senderos del federalismo*. ¿Cómo se manifiesta? En la regionalización incesante y en las relaciones intermunicipales.

Las regiones están ya organizadas en la Argentina y en muchos países, y tienen por objeto alcanzar las ventajas de escala. Las regiones agrupan a provincias con alguna homogeneidad geográfica, cultural o económica. Así la Patagonia, el NOA, el Centro, etc.

Las relaciones intermunicipales siguen la misma lógica. Todas las municipalidades y comunas de Córdoba están ligadas en veinticinco entes recaudadores. El Adesur cuenta con cuarenta y ocho municipios y comunas del sur. El del norte —Eincor—, bastante más. Pero hay entes intercomunales intermedios como los del norte de Punilla, aunque algún municipio se niega a incorporarse con el argumento de que su intendente dejaría de serlo. Es decir, se ve afectado en sus facultades o advierte alguna desventaja en la coordinación.

En la región bonaerense hay numerosos consorcios de municipios y alguno tiene la concesión de la ruta 63, cobra peaje y con las maquinarias viales, complementados entre ellos, mantienen la obra.

Podrían seguir los ejemplos, pero hay un segundo desafío al federalismo y es la *igualdad de oportunidades*, a la cual hay que invocar siempre.

En efecto, en la diversidad de un país federal hay grados diversos de desarrollo y naturalmente de expectativas, o de infraestructura, que llevan las inversiones a las provincias con más ventaja. La igualdad de oportunidades lo propone al revés. Tienen que crecer, pero no pueden.

Pero la igualdad de oportunidades no es un espejismo. Si la sociedad mejora su desempeño, lo logra. Hacen falta austeridad y conductas ejemplarizadoras en la sociedad política y en la sociedad civil. Hace falta renovar el pacto de confianza entre uno y otro. No es fácil en las condiciones actuales. Pero no imposible.

Concluyo como Ortega y Gasset en *La redención de las provincias*: ¡Eh vosotras, las provincias, de pie!”.

FEDERALISMO COMO SISTEMA

por PEDRO JOSÉ FRÍAS *

I. EL FEDERALISMO, ¿UN SISTEMA?

“Federalismo como sistema” no es la respuesta de una solución válida para cualquier tiempo y cualquier sociedad. Aunque es sólida nuestra convicción en favor de la descentralización territorial del poder, preferimos las formas interrogativas y las afirmaciones prudentes. Y aunque creemos, a la vez, que el

* Profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, miembro de siete academias, presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Academia de Ciencias Sociales y Políticas de Córdoba.

federalismo es un mandato histórico vigente y grávido de futuro, renunciamos al énfasis. El énfasis no rescata lo genuino sino lo episódico.

Queremos decir, entonces, que el federalismo deberá hacer sus pruebas; que se defienda por sí solo, por la verdad que encierra. Pero para que eso sea posible, es necesario que no se distorsionen las tendencias a la libertad y a la participación dentro de la comunidad nacional y que el federalismo se viva como sistema coherente: no sólo como una fragmentación del poder sino como una asociación de sus competencias.

Nos proponemos, pues, recordar qué es esencialmente el federalismo como técnica de vida social; cómo han crecido las oportunidades para un Poder Ejecutivo del cual puede decirse que a más Ejecutivo no corresponde mejor ejecución; por qué hay que redimensionarlo con la ayuda de un federalismo cooperativo y cuáles son las misiones y el sistema de esa descentralización-asociación del Poder, contrapuesto al distorsionado comportamiento que descentraliza en la Constitución y en la ley, para concentrar luego en los hechos y en la vida íntima del Poder.

II. FEDERALISMO, TÉCNICA DE VIDA SOCIAL

Dijimos que nos interesa el federalismo como técnica de vida social, no como distribución territorial de competencias. Porque las desventuras contemporáneas del Poder ilustran transformaciones de sociedad. De hecho, podemos explicar las contingencias del Poder mediante lecturas de nuestra situación social y en la medida en que el federalismo atiende a uno y otro nivel de poder y sociedad, tiene una relación sistemática más genuina que otras estructuras con la entera transformación político-social que nos envuelve.

Podríamos elegir tres indicadores de procesos que afectan la sociedad y el poder:

— Aumenta el control de los gobiernos sobre la sociedad y no conseguimos un justo control de la sociedad sobre los gobiernos. Pero, a la vez, hay indicios de que no puede seguirse gobernando del viejo modo y que la sociedad no quiere seguir viviendo del viejo modo.

— Se suceden y entrecruzan las crisis de legitimidad cuando no hay consenso sobre la composición del sector público y privado, sus relaciones, sus operaciones y sus fines, aunque esta síntesis no agota los problemas de legitimación contemporáneos (Habermas, Jürgen, "La legitimidad, hoy", *Revista de Occidente*, nro. 9, julio 1976, p. 3). La crisis es de representación cuando recae sobre los mediadores, cuando los representantes han cesado de ser representativos. La crisis es de identidad cuando uno se percibe marginado. Todas ellas, en algún momento, son déficit de participación.

— Tanto las sociedades capitalistas desarrolladas como las colectivistas maduras se orientan a la sociedad de consumo a un nivel en que el consumidor sacrifica su conciencia reflexiva a su conciencia dinámica, en que muchos pue-

den ser manipulados por muy pocos, en que la ética no es fecundada por las sociedades primarias sino por las tecnoestructuras, en que el consenso es inducido, la marginación es confortable y las ilusiones de una vida superior pueden resignarse con una subsistencia sin sobresaltos.

Son tres indicadores, entre otros posibles, de una sociedad que puede ser dinámica pero no profunda, aunque ningún pesimismo deba obligarnos a creer que sólo será una sociedad concentracionaria. Hay futurólogos que se consuelan con que pueda elegir entre un modelo totalitario, un modelo cesarista y una prolongación de la social-democracia contemporánea. Podemos esperar algo más.

Estas incertidumbres deben avivar nuestro interés por las formas genuinas de libertad. Aun si el federalismo fuera ya un lugar común, a los lugares comunes no hay que abandonarlos, hay que ahondarlos. Y el federalismo es una estructura genuina de libertad. ¿De qué manera?

Lo que el federalismo asegura a las provincias es autonomía y participación. Todos sabemos lo que son como expectativas humanas y como constantes sociales, de manera que debe darse por cierto que los Estados unitarios tratan de lograrlas de algún modo. ¿En qué se diferencian?

El "modo" federal es una esfera de reserva en favor del Estado particular: una división territorial del poder, que nace de la Constitución, que es valiosa por el efecto multiplicador de sus facultades (administración provincial del desarrollo, p. ej.) o por la identificación de la colectividad local en ellas (el gobernador como árbitro político de la provincia) y que mantiene al gobierno federal en un rol subsidiario.

El perfil de separación entre Estados unitarios y federales es muy neto y más aún si consideramos la condición paritaria de nuestro Senado. Pero el comportamiento los aproxima en la síntesis final entre las tendencias centrípetas y centrífugas, entre la unidad de decisión que un Estado nacional requiere y la descentralización política y administrativa que tiene prioridad cuando el poder se ha consolidado.

¿Qué queremos decir con lo de rol subsidiario del gobierno central? Cuando hay una división territorial del poder como la del federalismo, los cuatro verbos del Estado tienen una conjugación particular: coordina sin especulación, controla sin anular, promueve sin marginar, ayuda sin presionar. El gobierno federal es supremo en lo suyo pero subsidiario con relación a esa esfera de reserva de las provincias. Sin embargo, veinte o más índices de dependencia interna de las provincias contrarían esta condición de subsidiariedad.

¿Esa dependencia interna no da la razón a quienes, como Rodolfo Rivarola, entendían que ya era superfluo el federalismo argentino? Toda dependencia es un producto complejo de responsabilidades compartidas. Lo único averiguado es que no es definitiva. La minoridad está llamada a ser adulta y toda dependencia es rescatable. Pero si la dependencia llegare a formar parte de nuestras resignaciones históricas, quedaría por probar que las provincias argentinas pueden vivir sin sus gobiernos locales. ¿Y la estadística de las inter-

venciones federales no lo prueba? Creemos que prueba lo contrario. Aun así no es comparable una larga intervención a la privación definitiva del gobierno propio.

Otra vez hemos citado a Jacques Delors ("La nouvelle Société", *Preuves*, 1970, 2º trim., p. 95): "Sólo una sociedad descentralizada puede encontrar los mecanismos de ajustes a sus tensiones en los niveles adecuados y evitar que el más pequeño conflicto se vuelva drama nacional".

III. OPORTUNIDADES PARA EL EJECUTIVO

En dos etapas y hasta en una sola, se produce la dependencia de los Estados particulares al gobierno central y el de éste al Ejecutivo.

El Poder Ejecutivo crece a partir de toda interrelación que pueda preverse o reglarse, porque se convierte en administración, y la administración es área ejecutiva.

A su vez, *la dependencia de los Estados particulares crece, en relación con el gobierno central, en todos estos supuestos:*

- recursos naturales que deben sujetarse a explotación que concentra capital y tecnología: *empresas de Estado*;
- ingresos fiscales menos susceptibles de legislación y recaudación jurisdiccional; *regímenes de participación*;
- prioridades por igual imperativas para el sector público del Estado central, Estados particulares y municipios: *planeamiento*;
- desequilibrios financieros por repercusión preponderante de las políticas nacionales (cambiaria, salarial, etc.): *aportes del tesoro nacional*;
- áreas políticas, económicas y sociales que requieren *innovación legislativa, coordinación de régimen o improvisación de soluciones*;
- instrumentos de gobierno para las múltiples *emergencias* del Estado actual.

Dentro de esta tendencia, *se presume* que todo lo que importe *innovación* —hechos nuevos, nuevo régimen, coordinación y emergencia— es competencia del Ejecutivo central.

Y es más: cuatro son las funciones de todo buen gobierno: promover, ayudar, coordinar, controlar. Las asume en su orden propio toda gestión pública. Pero han tomado carácter nacional sus principales connotaciones: la promoción es desarrollo, la ayuda se llama tesoro nacional, el control seguridad del Estado, la coordinación reconoce generalmente instancia nacional o interregional. No agotamos esas funciones con una descripción tan parcial. Pero la realidad suele ser más irreverente.

La conclusión fáctica, que no queremos formular como tesis, es que *toda materia de gobierno que por su originalidad, dimensión o estrecha vinculación operativa con facultades del gobierno central, requiere en alguna etapa su asistencia técnica y económica o su concertación interjurisdiccional, tiende a ser dominada o integrada entre los poderes del gobierno central.*

¡Llegaron los GIGAS que tu celu pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar

IV. UN FEDERALISMO DE CONCERTACIÓN

Se ha ido insinuando un federalismo de concertación. Las competencias no quedan solitarias en un ejercicio insular. Cuando se gana con la uniformidad, y así en el derecho procesal; cuando se gana con la nueva escala en cuanto supera las fronteras políticas, y así en los numerosos tratados interprovinciales o convenios entre la Nación y sus agencias, con las provincias y los municipios; cuando hay que dar una respuesta de legislación integrada, y así en el sistema de competencias que hemos propuesto para la cuestión ecológica; en tantas otras hipótesis, sólo la concertación que asocia los roles dispersos reconstruye el sistema normativo requerido por la realidad.

Por medio de más de cincuenta convenios con nombres diversos, se ha integrado físicamente el país: un túnel y un puente han cruzado el Paraná; se ha podido tratar a los ríos interprovinciales como unidad de cuenca: los comités hídricos son su mesa de negociación; se han estudiado y afrontado decenas de grandes problemas y pequeños proyectos: las comisiones especiales, los consejos federales de los ministros del ramo o la coordinación de los órganos administrativos permanentes son su sede; se ha regionalizado el país, y aunque el sistema no está vigente, su vitalidad ha seguido operativa en la mitad de las ocho regiones de desarrollo que fueron creadas; empieza a coordinarse la periferia con la ciudad nuclear: los preliminares de las áreas metropolitanas han insinuado sus estructuras.

¿Cómo se coordinan las competencias? Un gráfico podría representar en una esfera el ordenamiento constitucional de la Argentina. En el tercio inferior visualizamos los poderes conservados por las provincias, cuya vocación nacional creó, mediante la Constitución, el estrato intermedio de los poderes concurrentes y el estrato superior de los poderes delegados al gobierno federal. El comportamiento federal de la Argentina demostraría una concentración de roles en el estrato superior —por desarrollo de las virtualidades centralizadoras de las competencias que le fueron delegadas a la Nación, pero también por distorsión— y mostraría una paulatina exclusión de las provincias en los poderes concurrentes. Pero durante el siglo que va de 1853, cuando se cierran los pactos provinciales, hasta 1948, cuando reaparece tímidamente la modalidad de convenios, no mostraría nuestro gráfico una verdadera concertación de competencias.

En orden a esa concertación, 1948 reinicia el ciclo de los pactos no políticos. A partir de 1956, pero sobre todo desde 1966, los hábitos convencionales se instalan en la Argentina. Y entonces en el interior de la esfera no se verifican tan sólo detracciones de competencias provinciales; crece la asociación entre todos los estratos.

V. INSTRUMENTOS DE LA CONCERTACIÓN FEDERAL

Son los instrumentos de esa concertación la ley-convenio, por una parte, y los tratados y demás acuerdos, por la otra.

En la ley-convenio es el gobierno federal el que convoca a las provincias a un contrato de adhesión. Es una ley convenio, por ejemplo, la que permitió a la Nación crear impuestos directos que la Constitución entregó a las provincias, recaudarlos y redistribuirlos con los Estados particulares. Esa facultad de la Constitución se condiciona a un tiempo determinado. Lleva más de cincuenta años de ejercicio, volvió rico al fisco nacional y distorsionó profundamente el país, porque al modificar definitivamente el equilibrio financiero, hizo a las provincias no sujetos de su propio desarrollo, sino objetos de la inversión pública trasferida a la Nación. Pero esa ley-convenio, justo es decirlo, llegó en marzo de 1973 a un nuevo pacto más equitativo y a la creación de una Comisión Federal de Impuestos, que con menos "sucursalización" de las provincias, se estaría probando precursora. Y, justo es decir también que los impuestos que la Nación creó por ley-convenio son de aquellos menos susceptibles de cobro en una jurisdicción provincial, por lo cual la ley-convenio era una técnica correcta de respuesta legislativa.

En el tratado interprovincial previsto en el art. 107, CN, o en otras figuras convencionales, subyacen más posibilidades de negociación que en la ley-convenio.

¿Es que esta concertación que tratamos de ilustrar es una restauración del federalismo? Es sólo una posibilidad de que preste su servicio a la altura de los tiempos, y como por el servicio las instituciones ganan ese derecho al reconocimiento en que consiste su legitimidad, la concertación puede ser una prueba de la legitimidad del federalismo.

Observamos algo más: en esta concertación, el rol del gobierno federal y de la Administración federal ha sido determinante. Y debemos alegrarnos de que así sea, mientras una actitud sistemática de liderazgo técnico no compartida no genere dependencia.

En efecto, el rol nacional se ha cumplido; la Administración federal tiene más concentración de técnicas y capital, de experiencia y de jurisdicción: puede percibir el problema global sin la limitación de la frontera interior. Y tiene una gravitación determinante sobre cualquier provincia argentina, suficiente para convencer a la menos sensible a las concertaciones.

El rol del Estado nacional ha sido decisivo, por ejemplo, para la instalación de los comités de cuencas hídricas. Fue además el creador de las regiones de desarrollo, en 1967. Y como fueron creadas por ley, sin recurrir a las preferencias provinciales sino con relación a un sistema polarizado, el ejemplo es bueno para distinguir: por una parte, la nueva escala regional no nace de la libre concertación de las provincias; pero, por otra parte, construida y abandonada por el gobierno nacional, a lo menos la mitad de las regiones se mantienen operantes por el propio efecto de demostración de sus primeros logros. Nada es más prometedor que esto para alentar intervenciones prudentes de la Administración federal y para motivar la iniciativa de las provincias mismas.

No es oportuno ahora seguir iluminando la significación real de los órganos interjurisdiccionales o las relaciones de coordinación entre las competen-

cias. Podríamos citar las propuestas para el ambiente o para áreas metropolitanas en que ya el derecho comparado es rico.

Una sola querría destacar: la empresa federativa ofrece la flexibilidad ideal para asociar jurisdicciones en la acción productiva del sector público.

Hace tiempo que hemos fundado —y no repetiremos ahora— la necesidad de que las empresas del Estado nacional den participación a las provincias cuyos recursos naturales explotan, según las reservas calculadas. Nuestra propuesta no renueva el debate sobre el dominio de esos recursos, sobre la acción económica del Estado. Sólo señalaba que, sin alterar la unidad de decisión del Estado nacional, las provincias, que por la organización constitucional argentina fueron dueñas de esos recursos naturales, pueden quedar asociadas a la empresa, y no marginadas en virtud del solo cobro de regalías. Regalías que, por otra parte, además de insuficientes, tarde han sido reconocidas como recursos genuinamente provinciales. Deben participar de la política empresarial global, porque así no sólo cuidan intereses legítimos, como el de la industrialización de los recursos en origen, si económicamente posible, sino que crecen con el Estado nacional en tecnología y administración.

Pensamos en el mar argentino. Los satélites nos dicen que allí nuestro hemisferio es azul. Los extranjeros nos dicen que tenemos en esa costa una de las tres mejores reservas del mundo. La naturaleza hostil en tierra firme debiera lanzarnos al mar. Advirtamos que el hombre explota los recursos del mar, no los cultiva. La revolución neolítica no ha empezado o recién empieza en los océanos. Pero sin nosotros. Nuestra captura es ínfima y tardamos en formar autoconciencia del eventual despojo extranjero a que nuestra desidia invita.

Volvamos ahora a nuestro tema. Al extender a doscientas millas el mar argentino, el Estado nacional ha declarado que son suyos todos los recursos. Ha confiscado a las provincias costeras. ¿Será mucho pedir que las asocie en las empresas que pueda promover para su explotación?

Se está educando la primera generación de provincianos de la Patagonia en el nivel requerido para su autogestión. ¿Se resignarán a la marginación respecto de sus recursos genuinos? ¿Crecerán las factorías nacionales y extranjeras de difícil acceso para el residente, porque los cuadros dirigentes locales serán ajenos a su conducción? Justos son los reales problemas sociales y políticos que acompañan a las oportunidades de reactivación del país. Hay modelos asociativos. Lo que no hay es una filosofía asociativa, lo que podríamos llamar un comportamiento de sistema.

VI. FEDERALISMO COMO SISTEMA

Lo que interesa es esa filosofía, la que no aísla las competencias pero tampoco las funde: las coordina.

Hasta hace poco, quedaban frustradas las facultades de las provincias en ciertas materias porque exigían una legislación integrada, como el derecho ambiental, o porque requerían una acción interjurisdiccional, como el río o el

bosque interprovincial. Frente a la complejidad, se paraliza la iniciativa provincial, tubeante ya de suyo por el menor nivel de eficiencia o de recursos de su administración.

Esta situación de aislamiento podía alguna vez ser también de antagonismo. Nada como la frustración genera a veces el sentimiento irracional de trato injusto y las rebeldías reivindicativas de la periferia contra el centro político.

Todo esto tuvo a lo menos tres efectos:

— El aislamiento en el ejercicio de las competencias provinciales se tornó no sólo en ejercicio deficiente sino lisa y llanamente no ejercicio.

— La falta de conciencia de estas posibilidades de concertación inclinó a la Administración federal a sustituir a las provincias. Las excluyó en el dominio y explotación de los minerales energéticos y de hidroelectricidad. Las excluyó en muchas materias de policía. Las excluyó parcialmente de los grandes ramos del bienestar económico-social. Las provincias se resignaron casi siempre a la marginación, se habituaron a anticiparse a la marginación y si mantuvieron conciencia de ella fue sólo porque el "Gran Padre" no hizo honor a sus promesas.

— La doctrina acompañó muy frecuentemente este comportamiento. Maestros ilustres de la ciencia jurídica prefirieron en determinadas materias opinables atribuir una competencia que el Congreso no tenía, a falta de experiencia de concertación (p. ej., para reglar el aprovechamiento de las aguas interprovinciales fuera de la concerniente a navegación y comercio interjurisdiccional y a política ambiental). No se advertía otra capacidad de arbitraje que la nacional para conflictos que no conocían instrumentos de negociación. Al vivirse un federalismo como sistema, la situación ha cambiado y podemos esperar ciertas reacciones favorables a la asignación y al respeto de roles descentralizados.

Hemos dicho "federalismo como sistema". Un sistema es más que una coordinación de competencias, pero esa coordinación es como la imagen del sistema, en cuanto relaciona sus componentes para la producción de un resultado.

El tema es arduo y tarde ha hecho su aparición en la ciencia política. No estamos seguramente a la altura de los tecnicismos de la teoría general de sistemas, a la que Manuel García-Pelayo ha dedicado una aguda presentación en la *Revista de Occidente* (Madrid, diciembre 1975, p. 52).

Pero permítasenos acentuar esta sola evidencia. El federalismo es un sistema social que protagonizan esencialmente el gobierno federal y las veintidós provincias argentinas. Si son atributos de las provincias sus poderes conservados, lo son de la Nación los delegados y les son comunes los concurrentes. Hay entre ellos relaciones muy estrechas de interdependencia. No hay subordinación de las provincias al gobierno federal, pero éste tiene la misión augusta de asegurar la convergencia de todos al bien común que de alguna manera se expresa en la Constitución. El producto del sistema es una gradualidad de autonomía y participación, por donde llegamos al inicio de nuestro tema.

Nos hubiera parecido impertinente disfrazar esta sencilla descripción del sistema federal con el lenguaje hermético de algunos científicos de la teoría ge-

neral de sistemas. Pero hay sistema. Y es importante saberlo por algunas conclusiones significativas:

— La primera es que es esencial al sistema tanto la asignación de competencias como la interrelación de ellas, y por eso se frustra un federalismo disociado.

— La segunda, que un sistema federal se expresa mejor por la convergencia de todos al bien común de la Constitución, que por la subordinación de las provincias al gobierno federal. Los científicos de sistemas suelen identificar esta intencionalidad común hacia el resultado. Podríamos elegir una frase de Nicolás Sombart: "La dependencia en que se hallan las autoridades inferiores no es la de una cadena de órdenes jerárquicas, sino la dependencia de un dispositivo común, semejante quizá a la que existe entre una estación de TV local y el satélite "Telestar" ("Planificación y planetarización", Humboldt, nro. 1, Hamburgo, 1965, p. 6).

— La tercera, que según la teoría general de sistemas hay relación isomórfica cuando dadas dos estructuras, se corresponden uno a uno sus componentes y sus respectivas relaciones. Y no es necesario para que exista relación isomórfica que haya comunidad o conexión ontológica entre las disciplinas. Entonces, podemos sugerir, sin tratar de demostrar ahora, que el federalismo puede tener relación isomórfica con todas las estructuras de corresponsabilidad y de interdependencia y que en la medida en que esto fuera cierto, pueden aplicarse bajo prueba al federalismo, métodos, modelos y conceptos empleados para esclarecer otra estructura. La teoría de la división y equilibrio de poderes de Montesquieu significa, entre otros aspectos —escribe García-Pelayo—, una traslación al campo de la teoría constitucional de la estructura del equilibrio físico formulada por Newton, es decir, fuerzas igualmente poderosas generan una situación de equilibrio que mantiene a cada una en su lugar. Ciertamente que isomorfismo tan prestigioso no ha impedido a la división de poderes, y por las mismas razones, seguir la suerte del federalismo.

En esta línea de reflexión de la teoría general de sistemas, habría llegado el momento de construir un modelo. No lo haremos. No lo haremos simplemente porque necesitamos más ejemplaridad que modelos conceptuales. Y porque no debe terminar esta lectura entre promesas de repristinización, y menos de restauración, sea del federalismo histórico, sea del nuevo federalismo, aunque lo deseemos, sino entre la modesta realidad cotidiana.

Admitimos, sin embargo, que si la privamos de todo énfasis y de toda jactancia, quedaría mejor en boca de un argentino de provincia, esta cita de Ortega y Gasset: "En grande o pequeño toda historia nacional llega a un punto en que para recrecer (...) es preciso despertar la periferia del gran cuerpo político y gritar: 'Eh vosotras, las provincias: es preciso que dejéis de ser provincianas. He aquí llegada la hora en que tenéis que aprontar vuestros impulsos intactos. El Estado renacerá de vosotras o no renacerá. ¡Eh, las provincias, de pie!'"

CAPÍTULO IV EL ESTADO PROVINCIAL

por LUIS CORDEIRO PINTO *

I. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

La Constitución de la Nación no ha adoptado una denominación acorde con las enseñanzas de la ciencia política para designar al Estado federal argentino y a los miembros que lo componen.

Más aún, no siempre utiliza idénticos conceptos para referirse a una misma estructura orgánica, lo que en no pocas oportunidades ha traído gran confusión.

Los nombres oficiales de la organización estadual han sido previstos por el art. 35, CN, que en forma indistinta los designa como: Provincias Unidas del Río de la Plata, República Argentina y Confederación Argentina.

Otras disposiciones aluden a las autoridades de la Nación, a las cuales menciona como gobierno federal y gobiernos de provincia (2ª parte, Tít. I y II, respectivamente).

Nuestra organización estadual es federativa y está constituida por el Estado federal y por los Estados provinciales.

El Estado federal, en su relación con los demás países y en el ámbito internacional, actúa como una unidad orgánica, mientras que en las relaciones internas con los Estados provinciales constituyen “una unión indestructible de Estados también indestructibles”.

La Constitución de la Nación llama gobierno federal al Estado federal y gobiernos de provincia a los Estados provinciales, cuando en realidad el gobierno es el que pone en funcionamiento las estructuras del Estado.

De lo expresado se desprende que consideramos a las provincias verdaderos Estados y, por consiguiente, dotadas de los elementos propios de tales organismos. Ellos son: la población, el territorio y el poder.

1. Población

En general, no hay en nuestro país rasgos peculiares de relevancia que puedan individualizar al pueblo de una provincia respecto de otra.

* Profesor adjunto de Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Nacional de Córdoba.

Sí existen comunidades indígenas dentro de los territorios provinciales, con sus peculiaridades, costumbres, cultura y, en determinados casos, con su propia lengua.

La reforma constitucional nacional del año 1994 ha tratado de preservar la identidad de los pueblos indígenas y los señalados aspectos culturales. Asimismo, se ha previsto el reconocimiento de la personería jurídica y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan. También se prevé la entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano, pero se impide su enajenación, transferencia y gravámenes.

Se asegura, asimismo, la participación de los pueblos indígenas en la participación en la gestión de sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.

El reconocimiento de la identidad y derecho a una educación bilingüe e intercultural, juntamente con los demás derechos precedentemente señalados, han sido impuestos por el art. 75, inc. 17, CN, como atribución del Congreso Nacional, pero en el último párrafo se indica que las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

La propiedad comunitaria se instituye entre la propiedad pública atribuida a la titularidad del Estado provincial y la propiedad privada de los particulares.

De esta forma, los denominados pueblos indígenas con asentamientos particulares, plantean nuevos problemas jurídicos a los Estados provinciales, que sustituyen a los que originariamente se había concebido como cuestiones relativas a las estructuras del Estado.

El estudio poblacional hacía referencia a las cuestiones relacionadas con la voluntad y capacidad política del pueblo y su personalidad. Desde esta perspectiva, los Estados provinciales no tienen una singularidad que pueda destacarse, por lo que su estudio es materia del derecho político y constitucional.

Desde otro lugar puede destacarse que el elemento poblacional también hace referencia a los habitantes, que son quienes, con cierto carácter de permanencia, viven en el territorio provincial.

Éstos pueden ser ciudadanos, expresión que comprende a los nacionales por nacimiento, por opción o por naturalización, y extranjeros.

Los nacionales y los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles. La Constitución Nacional, en su art. 20, otorga a éstos todos los derechos civiles del ciudadano, y el art. 8° establece que los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes a dicho título en los demás Estados.

La regulación de los derechos civiles de los habitantes y el dictado de las leyes generales sobre naturalización y ciudadanía es competencia del gobierno federal.

Las provincias, en cambio, se han reservado atribuciones para legislar sobre el ejercicio de los derechos políticos, y es así como han requerido determinado número de años de ciudadanía o de residencia para ejercer determinadas

funciones. En el orden municipal han otorgado derechos políticos a los extranjeros que satisfagan ciertas condiciones.

Sin embargo, el art. 20, CN, confiere derecho a obtener la nacionalización, por residir dos años continuos en la Nación, y aun les da la posibilidad de obtenerla antes de ese término al acreditar servicios a la República. De esta manera, el extranjero puede fácilmente convertirse en ciudadano, salvando cualquier impedimento que las provincias hayan establecido para el ejercicio de los derechos políticos.

De todas maneras, creemos que los problemas que plantea la población en su relación con el Estado comprende aspectos más complejos que el que pueda darse entre ciudadanos y extranjeros.

Este aspecto está en la creencia de que por tener nuestra población un estilo de vida europeo, debe seguir los designios de aquellos países, en la convicción de que lo europeo representa el progreso y la cultura, y que lo nacional y americano sólo podrá tener valor en la medida en que se aproxime imitativamente a aquello.

No se trata de negar las realizaciones y aportes provenientes de Europa, sino tratar de alcanzar tal vez parecidos objetivos, pero buscándolos en las diferencias.

Sólo mediante un esfuerzo creativo la población podrá dejar de ser un simple conglomerado, para constituir una comunidad solidaria, con aptitud sensible para el tratamiento de las cuestiones que plantea la problemática estatal.

Entre ellas, tal vez la más acuciante, es la comprensión y aplicación del sistema republicano, impuesto por el art. 5°, CN.

La periodicidad de las funciones, que dé paso a la renovación de los gobiernos, la publicidad de todos los actos en su exacta determinación, el control entre los poderes, sin que puedan admitirse argumentos contrarios basados en la zonas de reserva de la administración o del Poder Legislativo, o las cuestiones políticas no justiciables, para impedir el control.

La responsabilidad de todos los miembros que integran el gobierno es otro de los aspectos que debe cumplirse plenamente, pero más que en busca de castigo, en causar ejemplaridad en el conjunto social, y en mostrar que el acatamiento a la ley se cumple desde arriba hacia abajo.

2. Territorio

El espacio territorial de las provincias tiene su significación en cuanto forma parte de una organización federal.

Si bien este elemento puede también favorecer u obstaculizar la actividad política de la población, no tiene, sin embargo, la envergadura como para producir efectos determinantes.

Por ello es que el auge y desarrollo de la geopolítica, en cuanto estrategia para el autoabastecimiento y la defensa, queda limitada por las relaciones que pueden generar los Estados miembros de un mismo Estado federal.

Las interrelaciones que en esta materia pueden producir mayor tensión están referidas a la garantía integral del territorio, que puede ser afectada por cuestiones de límites o por la cesión de parte del territorio, todo lo cual se tratará más adelante.

3. Poder

Hermán Heller¹ señala que “dos cosas son necesarias para la clara comprensión del poder del Estado como unidad de acción engendrada por varios factores: no debe ser concebida como un ente fantástico que existe independientemente de quienes la producen y fuera de ella, y sin embargo ha de ser diferenciada claramente de todas las actividades particulares que la crean”.

El término “poder” ha sido impropriamente utilizado en la Constitución Nacional y en todas las constituciones provinciales que la siguen —Poder Legislativo, Poder Judicial, Poder Ejecutivo—, porque en realidad se trata de mencionar a órganos que tienen diversos cometidos y que para cumplirlos ponen en ejecución el poder del Estado.

El poder, enseña Bidart Campos², “no es un sustantivo sino un verbo sustantivado, que encierra, por lo tanto, no una idea completa, sino una idea de medio y relación”.

Se ha dicho, y se repite como *slogan*, que el poder es uno, que no se divide, sino que lo que se divide son las funciones.

Para tan contundente afirmación no se da sin embargo argumento alguno, y pareciera que ella surge en forma indubitable de la percepción de la totalidad de un objeto denominado poder.

Pero no hay nada en el mundo que dé datos o elementos para individualizar el poder. El poder no es un objeto percibido, sino un objeto construido, construido por el lenguaje.

Siendo ello así, habría que pedir una cierta coherencia en la elaboración de los conceptos y las propiedades que se le asignan. Se admite que las funciones y la competencia se dividen, y que genéricamente son distintas las que se le otorga a uno u otro órgano del Estado. Las funciones y la competencia pertenecen al mismo orden que el concepto poder, por lo que corresponde ponderar esta circunstancia en su cabal significación. Siendo así, y teniendo en cuenta que se trata de objetos construidos, el poder, como la función y la competencia, tienen la misma naturaleza formal, por lo que del mismo modo en que se divide la función y la competencia, también se divide el poder.

El poder es el *imperium*, fuerza o coacción del Estado que se hace efectivo en cualquiera de los órganos donde éste desenvuelve su actividad.

¹ HELLER, Hermán, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1968, p. 257.

² BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, Editor Buenos Aires.

El poder del Estado se realiza por medio de una organización establecida por el derecho.

Es la Constitución provincial la que le atribuye al órgano legislativo, al ejecutivo y al judicial, un poder distinto y diferenciado, como son diferenciadas las funciones que se les asignan a cada uno de esos órganos.

La estructura orgánico-institucional se actualiza por medio del órgano individuo, que ejerce el poder en forma individual o colegiada y con las modalidades e intensidad coercitiva, que se corresponda con la función que le haya sido atribuida.

II. AUTONOMÍA

Como hemos dejado establecido, las provincias son Estados que tienen los mismos elementos que el Estado federal, sólo que en algunos de ellos se advierten modalidades específicas.

Por ser el nuestro un Estado federativo, debe distinguirse la soberanía atribuida al Estado federal de la autonomía reservada a las provincias.

Ha sostenido Carré de Malberg, citado por Rossetti³, que por soberanía “hay que entender que en la esfera en que su autoridad es llamada a ejercerse, posee una potestad que no depende de ningún otro poder y que no puede ser igualada por ningún otro poder”.

Siguiendo parecido concepto y basándose en la Constitución suiza de 1874, Zavalía⁴ sostenía que las provincias también eran Estados soberanos. Decía el art. 3° de la mencionada Constitución: “Los cantones suizos son soberanos en todo aquello que su soberanía no se halle limitada por la Constitución federal”.

Sin embargo, el mismo autor recuerda que Matienzo atribuía a Mitre haber expresado: “He sido defensor de la soberanía de las provincias y que ahora se llama autonomía. Yo mismo introduje la palabra “autonomía” para reemplazarla a aquélla, a fin de que no se equivocaran las provincias sobre el alcance de su jurisdicción”.

Comienza así una diferenciación en el alcance de los términos y en su propia significación.

La soberanía alude a la organización general, con prescindencia de las divisiones orgánicas internas.

En el orden internacional es donde manifiesta en plenitud la unidad del Estado y en donde encontraba justificación el poder soberano, pero en el ámbito interno este mismo Estado federal —gobierno federal— ya no puede ejercer esta potestad suprema en su relación con las provincias.

³ ROSSETTI, Alfredo, *Introducción al estudio de la realidad estatal*, Establecimientos Bifignandi, 1983, p. 133.

⁴ ZAVALÍA, Clodomiro, *Derecho federal*, t. I, 3ª ed., Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, p. 111.

Sin embargo, la soberanía ya no tiene el mismo contenido. La interrelación permanente entre los Estados, los innumerables acuerdos, declaraciones, pactos y tratados, han modificado sustancialmente la soberanía a tal punto que no pocos tratadistas han anunciado su desaparición.

Tampoco el art. 31 le otorga mayor jerarquía al Estado federal que a los Estados provinciales. Dicho artículo establece un orden de prelación de las normas, pero no adjudica preeminencia al primero sobre los segundos.

La jerarquía superior es de la Constitución de la Nación, por lo que tienen igual rango las disposiciones de los arts. 31 y 50, como las previsiones contenidas en los arts. 121, 122, 123 y 124, que imponen la autonomía institucional de las provincias.

La supremacía de la Constitución significa que todas las normas que ella contiene constituyen el fundamento y la base de todo el orden jurídico-político del Estado. A ella deben conformarse no sólo las autoridades de las provincias, sino también las del gobierno federal.

La autonomía es un concepto político comprensivo de la más amplia descentralización del Estado.

Uno de los autores que con más amplia significación se ha referido a ella es González Calderón⁵. Ha sostenido que "la autonomía es el poder efectivo de organizar el gobierno local en las condiciones de la Constitución de la República, dándose las instituciones adecuadas al efecto, rigiéndose por ellas, exclusivas de elegir sus autoridades públicas, independientemente del gobierno federal, de regular el desempeño de sus funciones, en la capacidad, finalmente, de desarrollar dentro de su territorio el imperio jurisdiccional por leyes y otros estatutos, con relación a todo asunto no comprendido entre los que la Constitución ha acordado al gobierno nacional y en los de facultad concurrente que les incumben".

Las normas de la Constitución que dan fundamento a los conceptos anteriormente señalados, establecen que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al gobierno federal (art. 121); se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas, eligen a sus gobernadores, a sus legisladores y a los demás funcionarios, sin intervención del gobierno federal (art. 122), y se dictan su propia Constitución, aseguran la autonomía institucional y reglan su contenido y alcance en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero (art. 123).

En nuestro sistema federal, la autonomía es la potestad de las provincias para darse sus propias normas constitutivas y regirse por ellas, con independencia del gobierno federal, pero reconociendo las condiciones impuestas por la Constitución de la Nación, la cual ha limitado, en ese aspecto, el poder constituyente originario de las provincias.

⁵ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Introducción al derecho público provincial*. Lajouane, Buenos Aires, 1913.

III. EL TERRITORIO PROVINCIAL

1. Límites, cesión de territorio y formación de nuevas provincias

La integridad territorial de las provincias está garantizada por la Constitución de la Nación. El ámbito de sus territorios comprende, además del suelo, el subsuelo, el espacio aéreo y el mar territorial, con las limitaciones, en estos dos últimos casos, impuestas por el derecho internacional.

El territorio de las provincias puede ser afectado tanto por la alteración de sus límites como en los contenidos anteriormente mencionados.

Es el Congreso Nacional el que por disposición del art. 75, inc. 15, tiene atribuciones para fijar los límites provinciales, pero nada impide que sean establecidos sobre la base de las pautas acordadas por las propias provincias interesadas o mediante el arbitraje del presidente de la Nación.

La ley 17.324, modificada por ley 21.583, creó la Comisión Nacional de Límites Interprovinciales, a fin de que éstos fueran acordados con la participación de las provincias afectadas.

Sin embargo, la atribución del Congreso para fijar los límites provinciales no ofrece dudas, por lo que los mecanismos que prevé la ley nacional señalada deben considerarse como procedimientos previos y sujetos a la intervención del Congreso.

Estas atribuciones del cuerpo legislativo nacional no pueden confundirse con la competencia de la Corte para entender en las causas que se suscitan entre dos o más provincias, salvo que la controversia proviniera de la fijación de límites.

Algunas provincias, como la de Buenos Aires, establecen que sus límites territoriales son los que por derecho le corresponden con arreglo a lo que la Constitución Nacional establece; en cambio, otras, como Corrientes y Chubut, fijan en forma imperativa, y con toda precisión, los puntos que circunscriben sus límites territoriales.

2. Cesión de territorio y formación de nuevas provincias

La garantía federal no se refiere solamente a los límites, sino a los territorios integralmente considerados.

El Congreso Nacional tiene atribuciones para declarar capital de la República a determinada ciudad (art. 3°), o para erigir una nueva provincia en el territorio de otra o de varias formar una sola, pero es necesario el previo consentimiento de las legislaturas de las provincias interesadas.

Las constituciones provinciales autorizan a las legislaturas para disponer la cesión de parte del territorio.

La provincia de Córdoba se particulariza por distinguir el abandono de jurisdicción de parte del territorio provincial, con objeto de utilidad pública, de la cesión de propiedad de parte del territorio con el mismo objeto, exigiendo, en el primer caso, los dos tercios de votos de los miembros presentes, y en el se-

gundo caso, con la misma mayoría agravada de sus miembros. Agrega la norma prevista por el art. 104, inc. 8°, que cuando la cesión importe desmembramiento del territorio, la ley que así lo disponga debe ser sometida a referéndum de la ciudadanía.

La pretendida distinción por objeto de utilidad pública, tienen los mismos efectos, puesto que pérdida de jurisdicción es con relación a un espacio territorial, y la cesión de parte del territorio provincial implica la pérdida de jurisdicción.

El desmembramiento del territorio tiene los mismos efectos ya señalados, puesto que no se trata de un recorte geográfico, sino de una cuestión eminentemente jurídica.

Por cierto que las hipótesis precedentemente señaladas son con relación a la pérdida total de jurisdicción, ya que en otras circunstancias las provincias y municipalidades conservan el poder de policía y de imposición sobre los establecimientos de utilidad nacional ubicados en los territorios provinciales (art. 75, inc. 30).

El Chaco dispone que la jurisdicción territorial no podrá ser modificada sino por ley sancionada por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la legislatura, y aprobada por referéndum popular, sin cuyo recaudo no será promulgada.

También la provincia de Corrientes establece un procedimiento especial para sancionar la ley que modifique la jurisdicción actual, sea por cesión, anexión o de cualquier otra manera. La ley respectiva deberá ser sancionada dos veces por ambas Cámaras legislativas, debiendo mediar entre la primera y segunda sanción un intervalo correspondiente a un período legislativo, y en ambos casos debe concurrir el voto de los dos tercios del total de los miembros de cada Cámara.

Las constituciones provinciales han establecido normas específicas para proteger el subsuelo y las riquezas que contiene.

Catamarca (art. 65) establece que los minerales y las fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, pertenecen al dominio público de la provincia.

La provincia del Chubut (art. 91) se constituye en dueña originaria de todas las sustancias minerales del subsuelo, sin excluir hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, y mantendrá en reserva su territorio a los fines de la explotación del petróleo.

A pesar de estas normas de las constituciones provinciales y de las garantías aseguradas por los arts. 3° y 13 de la Constitución, el gobierno federal ha avanzado sobre el dominio provincial y ha excluido a las provincias en el ejercicio de la competencia sobre algunas de las materias anteriormente mencionadas.

Sin embargo, la reforma de la Constitución de la Nación del año 1994 ha dejado claramente establecido en el art. 124, último párrafo, que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos existentes en sus territorios.

De esta forma, al menos en el plano normativo, queda plenamente garantizada la integridad de los territorios provinciales, tanto en lo relativo al espacio territorial como jurisdiccional, en un todo de conformidad con las disposiciones de la Constitución de la Nación y de las provincias que se han citado.

IV. INTERVENCIÓN FEDERAL

La doctrina clásica en la materia ha distinguido la intervención decidida por determinación propia del gobierno federal de aquella dispuesta a requisición de las autoridades provinciales.

El primer supuesto tiene lugar cuando se trata de garantizar la forma republicana de gobierno o de repeler invasiones exteriores.

El inc. 2° tiene por fin sostener o restablecer a las autoridades, cuando hubiesen sido depuestas por la sedición o por invasión de otras provincias.

En estas últimas circunstancias se dice que la intervención es fundamentalmente protectora y tiene como objetivo ayudar a las autoridades. Ello nos permite deducir que la primera causa lleva implícita una sanción.

Hay general conformidad en admitir que por autoridades constituidas se debe entender el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, así como también al poder constituyente que pudiera estar en funcionamiento.

La sedición o la invasión de otra provincia pueden haber provocado la acefalía de las autoridades constituidas, y al no haber autoridad que pueda requerir el auxilio federal, éste se presume solicitado, y el gobierno federal debe acudir en su protección para restablecerlas.

La intervención federal, que se había impuesto en la reforma constitucional de 1860, está a cargo del gobierno federal, pero la norma no había especificado cuál de los órganos que lo integran debía decidir al respecto. La mayoría de la doctrina se había pronunciado en favor del Congreso, para lo cual se esgrimieron diversos argumentos.

La declaración del estado de sitio, se había señalado, es un instrumento similar, y ella le corresponde al Congreso. Es también a este órgano a quien se le han conferido atribuciones para intervenir en las relaciones interprovinciales y el que tiene los poderes implícitos para poner en ejercicio los poderes antecedentes (art. 75, inc. 29).

Además, el Senado nacional estaba integrado por dos senadores por provincia, ahora por tres, que en su representación deben asumir la defensa de las autonomías locales.

La participación del Congreso implica además la instrumentación de la intervención mediante la ley. Este órgano deberá ser convocado, en caso de receso, para el tratamiento de tan grave asunto.

No obstante, algunos autores sostienen que en tal situación el Poder Ejecutivo puede disponerla por decreto, dando oportuna cuenta al Congreso.

En cambio, es el Poder Ejecutivo quien designa al interventor y es su representante.

Ello no significa, sin embargo, que no debe cumplir la Constitución y las leyes provinciales, las que únicamente quedan alteradas en aquellas disposiciones derivadas del acto de la intervención.

En consecuencia, el interventor federal asume también la representación del Estado provincial cuando la intervención se ha dispuesto al Poder Ejecutivo, ya que dicho acto produce la cesación del mandato del gobernador.

Cuando la intervención se ha dirigido al Poder Legislativo, sus miembros cesan en sus cargos y las atribuciones de ese cuerpo son asumidas por el interventor, quien debe cumplirlas por medio de decretos-leyes, y en el marco de las atribuciones fijadas por la Ley de Intervención y de las instrucciones impartidas por el Ejecutivo nacional.

En cambio, la intervención al Poder Judicial queda limitada a la reestructuración de ese cuerpo y a la facultad de remover y designar nuevos jueces, para lo cual no regirán las normas constitucionales locales que reglamentan tales actos.

Hasta aquí hemos puesto de manifiesto las notas esenciales de la intervención federal señaladas por la doctrina clásica.

1. Crítica

Creemos necesario destacar que no se ha puesto suficiente énfasis en la búsqueda de una interpretación que tienda a limitar las distorsiones producidas en la materia o, en su caso, señalar los aspectos de la norma que han posibilitado la alteración del sistema.

En la necesidad de responder adecuadamente a las cuestiones planteadas, analizaremos los antecedentes y las causales de la intervención federal.

2. Antecedentes del art. 6°

Los antecedentes del art. 6°, CN, nos ponen ante los distintos medios jurídicos buscados para lograr la unión y la integridad de las partes componentes del Estado federal.

Entre estos antecedentes cabe destacar:

La Constitución federal suiza de 1848, la Constitución de los Estados Unidos, el proyecto de Alberdi y el texto de nuestra Constitución sancionado en 1853.

La Constitución de los Estados Unidos tendía a proteger a cada uno de los estados de la Unión contra la invasión y a garantizar una forma republicana.

El proyecto de Alberdi, si bien autorizaba a la Confederación a intervenir sin requisición en el territorio de las provincias, ello era "al solo efecto de restablecer el orden perturbado por la sedición".

El texto que se sancionó en 1853 tiene las mismas consecuencias que el precedente anteriormente señalado, ya que el gobierno federal interviene con

requisición de las legislaturas o gobernadores provinciales o sin ella, pero debe destacarse que ello sólo tiene por única finalidad "restablecer el orden público perturbado por la sedición, o de atender a la seguridad nacional amenazada por un ataque o peligro exterior".

Los antecedentes extranjeros han sido tenidos en cuenta en el proyecto de Alberdi y éste en las disposiciones de 1853.

Nos referiremos a los precedentes, juntamente con las causas que determinan la intervención federal.

Siguiendo este criterio, analizaremos los supuestos previstos por el art. 6°:

— *Repeler invasiones exteriores.*

— *Para sostener o restablecer las autoridades constituidas si hubiesen sido depuestas por la sedición o por invasión de otras provincias.*

— *Para garantizar la forma republicana de gobierno.*

Las dos primeras causales se refieren a situaciones de hecho, que no pueden presentar mayores divergencias.

Además de ello, la intervención fundada en estas causales tiene un fin limitativo, ya que tiende sólo a sostener o restablecer a las autoridades constituidas.

En estas circunstancias, la intervención no puede producir la caducidad del mandato de las autoridades provinciales, ni menoscabar sus instituciones.

Al contrario, siempre se acude en auxilio de las autoridades provinciales, las cuales actuarán conjunta y coordinadamente con las federales, para rechazar las invasiones externas o internas o para sofocar la sedición a fin de sostener o restablecer a las autoridades. La intervención del gobierno federal no se dirige en contra, sino en favor de las autoridades provinciales.

Son ellas quienes requieren la intervención federal, ya que se trata de una invasión exterior, en donde el afectado ya no es sólo una provincia, sino el Estado federal mismo.

En esta última situación, no será necesario el reclamo de auxilio por parte de la provincia, pero la finalidad de la intervención continúa siendo la misma: el apoyo y auxilio a las autoridades locales.

Esta intervención podrá ser ejecutada, según los casos, en virtud de las atribuciones que el art. 75, inc. 29, le confiere al presidente de la Nación, para disponer de las fuerzas militares, marítimas y terrestres y distribuir las según las necesidades de la Nación.

La disposición de las fuerzas armadas —que ahora comprende también a la fuerza aérea— debe efectuarse también cuando se den las circunstancias previstas por el art. 127, CN, es decir, cuando existan entre las provincias hostilidades de hecho calificadas de sedición o asonada, y es el presidente de la Nación, quien al disponer de las fuerzas, debe sofocar y reprimir conforme a la ley.

Joaquín V. González⁶, al referirse a las atribuciones del presidente de la Nación que surgían del art. 86, inc. 17, sostiene que es a su cargo "el manteni-

⁶ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Edición de homenaje al Dr. Joaquín V. González, Universidad Nacional de Córdoba, 1963, p. 427.

miento de la paz interior contra insurrecciones, ataques exteriores, hostilidades de hecho entre las provincias”.

En todos estos casos se trata de situaciones de hecho, ya que las quejas entre provincias deben ser sometidas a la Corte Suprema y dirimidas por ella (art. 127).

3. Forma republicana de gobierno. Principios

Hay general conformidad en señalar que los más importantes principios de la forma republicana son: la soberanía del pueblo, la responsabilidad de los funcionarios, periodicidad de su desempeño, división de poderes y publicidad de los actos de gobierno.

La forma republicana y representativa requiere también de la democracia, y ésta estructura el poder de abajo hacia arriba por oposición a la autocracia, en donde el jefe es quien se reserva el ejercicio del poder del Estado.

Los principios anteriormente enunciados han sido considerados como las bases que deben dar sustento a la organización política de cada uno de los Estados miembros integrantes de nuestro sistema.

La Constitución Nacional no ha desarrollado en forma expresa a cada uno de estos principios, pero algunos, como la soberanía del pueblo, tienen vigencia en virtud de las modalidades previstas por los arts. 22 y 123. El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes; las provincias eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios sin intervención del gobierno federal.

La elección de las autoridades provinciales y su destitución con arreglo al procedimiento establecido por la Constitución local, importa el ejercicio de la soberanía del pueblo.

Siendo ello así, no parece razonable que la intervención federal pueda quebrantar este principio para salvaguardar otros que no tienen mayor jerarquía.

4. Los antecedentes y la forma republicana

El texto del art. 5° sancionado por la Constitución de 1853 trató de preservar la forma republicana de gobierno, mediante la revisión de las constituciones provinciales que debía realizar el Congreso.

Sin embargo, la reforma de 1860 restableció la autonomía de las provincias, seriamente afectadas por el control del Congreso anteriormente referido, y por la intervención federal en el territorio de las provincias con o sin requisición de sus autoridades.

La revisión que debía efectuar el Congreso era, precisamente, para verificar si las constituciones provinciales habían sido dictadas siguiendo, entre otros principios, “el sistema republicano”.

Las modificaciones introducidas se llevaron a cabo para no destruir la independencia de las provincias y evitar que llegaran los GIGAS que tu celu pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar

del gobierno nacional en la administración y gobiernos de las provincias” (expresiones de la comisión encargada de revisar la Constitución de 1853, Convención de la provincia de Buenos Aires).

De esta manera quedó limitada la intervención en la forma expresada, pero se agregó sorprendentemente en el art. 6° la garantía de la forma republicana.

Esta disposición es la que ha permitido la alteración del sistema, en grave contradicción con los precedentes.

Los mismos fundamentos que se expusieron para suprimir el control que debía ejercer el Congreso sobre las constituciones provinciales, son los que impiden a los organismos políticos del gobierno federal determinar si se cumple o no la forma republicana y, en su caso, disponer, mediante la intervención federal, la caducidad de los mandatos de las autoridades afectadas por la medida.

Las condiciones establecidas por el art. 5° de la Constitución están dirigidas al acto constituyente provincial y a la Constitución misma, y no como exigencias al posterior funcionamiento de las instituciones.

Todos los principios establecidos por el art. 5° deben tener expresión en las constituciones provinciales. La transgresión al orden impuesto por el referido art. 5° y el 31 debe determinar el control judicial de constitucionalidad, el cual ha tenido vigencia en la jurisprudencia.

Dicho control, si bien no se refería específicamente a las constituciones provinciales, por las similares características del fallo de la Corte Suprema del 5/12/1865, citado por Bidart Campos, lo hace plenamente aplicable a aquélla. Allí se señala “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, comparándolos 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”.

Habiéndose suprimido el control del Congreso sobre las constituciones, cabe entender que la supremacía de la Constitución de la Nación sólo puede ser asegurada por la Corte Suprema y según las previsiones de los arts. 5°, 31, 116 y concordantes.

5. Cuestiones políticas

Los tribunales se han referido a las cuestiones políticas como causas no justiciables.

La exclusión del control jurisdiccional de las cuestiones políticas vulnera la garantía de la defensa en juicio (art. 18), y el art. 116, que otorga a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás tribunales inferiores el conocimiento y decisión de las controversias sobre los puntos regidos por la Constitución.

Además, cabe advertir que en general los fallos sobre tales asuntos no rechazan liminarmente estas causas sino después de darle trámite a fin de verificar si las normas o actos impugnados son o no constitucionales.

Agustín Gordillo⁷ al comentar los fallos aludidos, y en especial al hacer referencia a la sentencia recaída con motivo de la declaración del estado de sitio, sostiene que para la Corte Suprema las medidas dictadas en virtud del estado de sitio "son privativas del Poder Ejecutivo y, en principio, no se hallan sujetas a revisión judicial, ya que el modo como el Poder Ejecutivo ejercita facultades privativas, no está sujeto al contralor del Poder Judicial...", salvo las francas transgresiones a los límites que la Constitución le fija y en cuanto éstas puedan exigir el restablecimiento de derechos y garantías confiados a su función.

Es decir que las cuestiones de esta naturaleza, sólo excepcionalmente son controladas por el Poder Judicial. Pero como ya hemos dicho, no hay un rechazo sin el previo análisis, por lo que la invalidación de las normas y actos se producirá cuando "mediare transgresión franca y ostensible a los límites trazados por la Ley Fundamental".

No obstante ello, la negativa reiterada de la Corte para intervenir en esta materia ha dejado desprotegidas a las provincias y sometidas a las decisiones políticas del Congreso y del Poder Ejecutivo, según los casos, sin posibilidad de ejercer control alguno sobre sus determinaciones.

Ello ha incidido para que algunas provincias hayan previsto, en sus constituciones, distintas disposiciones tendientes a limitar los efectos de la intervención, resguardando sus instituciones y autoridades legítimamente constituidas.

Catamarca, en su art. 183, establece: Los actos administrativos que realicen en la provincia los interventores federales, serán válidos solamente y en cuanto se ajusten a los preceptos de esta Constitución y a las leyes que en su consecuencia se sancionen o en virtud de disposiciones distintas, fundadas en la Constitución Nacional y en las leyes provinciales. Los nombramientos que ellos hicieren serán considerados en comisión o provisorios y caducarán al terminar sus funciones.

La 2ª parte de la disposición establece que si se hubiere remplazado a funcionarios o magistrados inamovibles, éstos deberán ser reintegrados a sus funciones.

Las provincias del Chubut y del Chaco contienen disposiciones similares. Esta última señala que en caso de intervención del gobierno federal, los actos que su representante ejecutare en el desempeño de sus funciones, serán válidos para la provincia si hubieren sido realizados con arreglo a esta Constitución y a las leyes provinciales.

Estas disposiciones no tienen el vigor suficiente como para restablecer las distorsiones producidas por la aplicación de la norma del art. 6º.

⁷ GORDILLO, Agustín, *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, 1967, p. 187.

Creemos que el régimen republicano en el Estado de Derecho debe ser garantizado por la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como único medio de resguardar, además del principio que se trata de proteger, otros de igual jerarquía, y entre ellos la autonomía de las provincias.

Independientemente de esta posición doctrinal, sería deseable que cuando el conflicto que genera la intervención sea superable, mediante negociación de un tercero, por ejemplo, se retorne a las intervenciones suspensivas y no revocatorias del mandato popular, como lo aconseja la experiencia comparada y lo ha investigado Juan Vicente Sola en nuestro siglo XIX.

V. SERVICIOS PROVINCIALES

1. Disposiciones de las constituciones provinciales

Los servicios públicos no han sido regulados en las constituciones provinciales en forma orgánica y sistemática.

Las provincias que le han otorgado jerarquía constitucional se han limitado a resguardar la titularidad del servicio, o han impuesto restricciones al otorgamiento de concesiones para su explotación.

La Constitución del Chaco determina, en su art. 49, que los servicios públicos pertenecen al Estado provincial o a las municipalidades y que no podrán ser enajenados ni concedidos para su explotación, salvo los otorgados a cooperativas y los relativos al transporte automotor y aéreo, que se concederán con reserva del derecho de reversión.

Deja a la ley la determinación de las formas de explotación de los servicios a cargo del Estado y de las municipalidades, así como también la participación que le otorgará a los usuarios y trabajadores, en la dirección y administración de los servicios.

La provincia del Chubut contiene diversas disposiciones tendientes a reglamentar la concesión de las aguas. Específicamente, el art. 86 de la Constitución establece que serán otorgadas por ley las concesiones de abastecimiento de agua a las poblaciones, las destinadas a fuerza motriz, usos industriales o energía hidroeléctrica que deban emplear caudales de ríos, lagos y arroyos. El art. 89 establece las causales que determinan la caducidad de las concesiones de agua.

Entre otros derechos, el art. 94 reserva al Estado provincial la comercialización de los hidrocarburos en general, y a continuación prohíbe al concesionario transferir, ceder o enajenar por ningún título y bajo ningún concepto, a personas físicas, jurídicas, sociedades de cualquier carácter, empresas públicas o privadas, nacionales o extranjeras.

Formosa prohíbe la enajenación y concesión de las caídas de agua, yacimientos de petróleo, carbón, gas, elementos nucleares y demás fuentes de energía.

La Pampa establece que los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado provincial o municipal y que se propenderá a que su explotación sea

efectuado preferentemente por el Estado, las municipalidades, entidades autárquicas, etcétera.

Remite a la ley la determinación de las formas y condiciones de la explotación de los servicios públicos, sea que la prestación esté a cargo de la provincia, municipalidades, concesionarios y demás entidades autorizadas a prestarlos.

Las disposiciones constitucionales que hemos señalado no siempre están referidas a los servicios públicos, puesto que en algunos casos se ha contemplado la preservación de bienes, y no específicamente los servicios. Otras disposiciones, sin mencionar a éstos, se han referido a la actividad que los comprende, "las concesiones de abastecimiento de agua a las poblaciones" (Chubut).

La mayoría de las normas constitucionales anteriormente mencionadas adjudican la titularidad del servicio público, imponen condiciones para su explotación, o remiten a lo que disponga la ley de la materia, pero en general no identifican el servicio con la actividad de que se trata, ni establecen pautas indicativas que puedan definir al servicio.

Tal circunstancia nos pone ante la necesidad de indagar sobre lo que se debe entender por servicio público.

2. Función pública. Actividades del ámbito privado

La concepción del servicio público dominó mucho tiempo la temática principal del derecho administrativo y planteó en la doctrina, extranjera y nacional, divergencias sobre su significación.

Duguit consideró en un primer momento como servicio público a todo el desenvolvimiento del Estado.

El Estado gendarme, que en un comienzo podía desarrollar muy limitadas funciones en beneficio de la comunidad, distinguía esta actividad estatal de la que podían realizar los particulares dentro del ámbito del derecho privado.

Estas actividades del Estado se le reconocían en atención a su capacidad para preservar el orden, en el marco de una organización dotada de poder para imponerlo.

Con un criterio orgánico, se ponía el acento en la persona que desarrollaba la actividad. La justicia, el ejército, la policía, por estar a cargo del Estado, eran considerados servicios públicos.

La transformación del Estado gendarme en Estado de bienestar y la evolución posterior de la doctrina sustituyeron el criterio orgánico por otro funcional, que ahora tomaba en cuenta la necesidad que con la actividad a desarrollar se pretendía satisfacer.

En este nuevo enfoque, al cual nos adherimos, debemos considerar los distintos tipos de necesidades y las actividades que desarrollan el Estado y los particulares en relación con ellas.

En el Estado advertimos que ciertas acciones han sido determinadas objetivamente y teniendo en cuenta las funciones que tienen ciertos organismos

animales o vegetales. Estas actividades conscientemente previstas por el Estado son las que configuran la función pública.

La ejecución de estas funciones está dirigida a la población en su conjunto, sin que se pueda individualizar a quiénes, en forma particular y concreta, resultan beneficiarios.

La función pública, al vincularse a funciones esenciales, hace que el cumplimiento de éstas sólo pueda llevarlo a cabo el propio Estado. Son prestaciones genéricas e indeterminadas y se cumplen en un orden establecido con rasgos de permanencia. Son actividades que formalmente se cumplen por medio de la función legislativa, administrativa y jurisdiccional.

En otro ámbito, que situamos en el extremo opuesto al anterior, sin que ello implique oposición, se desarrolla la actividad de los particulares.

El derecho de trabajar, de ejercer toda industria lícita, de comerciar, etc., son acciones que pueden ser ejercidas por todos los habitantes de la Nación, según las modalidades establecidas por el art. 14 y concordantes de la Constitución nacional.

En el desarrollo de estas actividades, los particulares cumplen una importante función social y, desde luego, contribuyen a satisfacer parte de las necesidades de la colectividad.

Entre la función pública cumplida por el Estado y la función social desarrollada por los particulares, encontramos una actividad específica que denominamos "servicio público".

3. Concepto de servicio público

Señalábamos que para determinar el servicio público dejábamos a un lado el criterio orgánico y sólo consideramos su aspecto funcional, que sin tener en cuenta el encargado de realizar la actividad de que se trata, toma en consideración la necesidad que por este medio se trata de satisfacer.

Este último es el criterio predominante en la doctrina nacional, cuyo principal expositor, Miguel S. Marienhoff, ha señalado que "cuando la necesidad a satisfacer reúna determinados caracteres, habrá servicio público".

Para algunos autores esta necesidad debe ser colectiva, pero no porque pertenezca a toda la población, sino porque es derivada de la vida en comunidad.

A este tipo de necesidades responde el servicio de transporte público de pasajeros y el alumbrado público.

Las necesidades generales, en cambio, requieren que sea sentida por un número considerable de personas sin ninguna otra consideración. Es el caso del expendio de artículos alimenticios.

Ésta es la posición que sostiene Marienhoff, quien manifiesta que la necesidad debe ser sentida por un grupo apreciable de personas, por lo que para configurar el servicio público se requiere sólo una necesidad o interés general.

Desde nuestro punto de vista, creemos innecesaria la distinción entre necesidad colectiva o necesidad o interés general.

La primera puede hacer más fácilmente perceptible la necesidad por el servicio, pero en cualquier caso siempre encontramos en la necesidad colectiva o general uno de los elementos en torno del cual gira el concepto del servicio público.

Determinar cuándo la necesidad colectiva o el interés general deben ser satisfechos por el servicio público, es una cuestión contingente esencialmente modificable según las circunstancias de lugar y tiempo.

En la definición de tal cuestión han prevalecido consideraciones de orden político e ideológico, sobre fundamentaciones técnicas y científicas.

Sin dejar de tener en cuenta los primeros aspectos señalados, estimamos que es importante valorar el grado de traslación de efectos que la prestación del servicio puede producir. Ésta podrá ser decisiva cuando se beneficie más la población en su conjunto que las personas individuales que reciben la prestación.

En su *Ensayo sobre la economía de los bienes públicos*, Frediani denomina externalidad a lo que nosotros hemos señalado como traslación de efectos, y sostiene que "uno de los sectores donde más se visualizan las externalidades es en la educación".

Afirma el citado autor que "una mayor instrucción redundará en mejor eficiencia administrativa y trae aparejados cambios tecnológicos y organizativos más rápidos, y, por ende, un crecimiento económico más rápido e ingresos *per capita* reales, más elevados. Por eso, los beneficios sociales de la educación de una persona, son mayores que los que individualmente puede lograr".

Cuando las necesidades tengan los caracteres anteriormente referidos, la organización del servicio público se impondrá por sí misma. Sin embargo, no siempre los requerimientos se producirán de tal forma. Los intereses generales pueden ser jerarquizados conforme a las tensiones sociales que producen.

En algunos casos bastará la simple actividad de los particulares para satisfacer la demanda de la población. En otros será necesario que esas mismas actividades se realicen dentro de las limitaciones y restricciones que la reglamentación haya impuesto a su ejercicio. Son los casos del expendio de algunos artículos alimenticios, del funcionamiento de los automóviles de alquiler y de las farmacias. La doctrina, en general, a estos dos últimos los denomina servicios públicos impropios. No obstante tratarse de una actividad a cargo de los particulares, sostiene que se realiza con la previa autorización de la Administración.

Sin embargo, no encontramos diferencia alguna entre las actividades comprensivas de los servicios públicos impropios y las realizadas por los particulares.

Los derechos que amparan estas actividades no son absolutos, sino que se los debe ejercer conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio.

Si la realidad social exige que estas actividades se cumplan bajo una reglamentación más estricta, en modo alguno autoriza a considerarla como servicio público, aunque a éste se le califica de impropio.

Estas actividades se desarrollan en el interés directo de quien las realiza y, por tanto, pueden ser abandonadas según su propia determinación.

El servicio público, en cambio, una vez establecido, no puede ser interrumpido ni abandonado, y tiene como objetivo la satisfacción de una necesidad colectiva o general.

Estas necesidades pueden producir tensiones sociales y la respuesta a ellas no debe quedar al arbitrio de los particulares.

Además de ello, la Administración cuenta con prerrogativas especiales para atender adecuadamente los servicios, ya sea que los preste por sí misma o por medio de concesionarios.

Estas prerrogativas configuran un régimen jurídico especial que enmarca todo el servicio público. Este régimen especial es el otro elemento que junto con la necesidad colectiva o general son los datos esenciales del servicio público.

Podríamos señalar, entonces, que por servicio público entendemos la actividad de la Administración mediante la cual satisface una necesidad colectiva o general, mediante un procedimiento de derecho público.

4. Caracteres

Se han mencionado como caracteres del servicio público la continuidad, regularidad, uniformidad o igualdad y generalidad.

La continuidad es un aspecto relativo a la eficiencia del servicio. Tal carácter, que tiene directa relación con la índole de la necesidad a satisfacer, impide la interrupción del servicio.

Ya hemos dicho que las necesidades colectivas o el interés general, al tener cierta intensidad, deben ser satisfechas en la misma medida en que son exigidas. La continuidad requiere que el servicio se preste en forma permanente o periódica, según las necesidades de la colectividad.

a) *Regularidad*. Cuando la doctrina menciona a la regularidad como uno de los caracteres del instituto que analizamos, está significando que el servicio debe ser prestado conforme a las reglas jurídicas establecidas.

Sin embargo, más propio sería hacer alusión al régimen jurídico especial, que hemos destacado como uno de los elementos esenciales de la noción del servicio público.

b) *Uniformidad*. La uniformidad o igualdad exige que el servicio prestado a los usuarios se efectúe bajo iguales condiciones. Ello impide discriminaciones arbitrarias.

Sin embargo, es admisible distinguir entre grupos o sectores que tienen distintas condiciones, las que precisamente tienden a igualar las posibilidades y poner el servicio al alcance de todos.

c) *Generalidad*. Sea que el servicio lo preste en forma directa la Administración o indirectamente por intermedio de concesionarios, las normas que rigen su funcionamiento son de derecho público. Por ello, no se puede buscar li-

brememente en el mercado a los usuarios, sino que ellos serán quienes lo requieran dentro de las condiciones reglamentarias establecidas.

5. Régimen jurídico especial

La organización y funcionamiento del servicio público está bajo la vigencia de un régimen jurídico especial de derecho público. Por este régimen queda subordinado el interés individual al interés colectivo o general al cual se procura satisfacer. La Administración pone de manifiesto, en forma expresa, los medios jurídicos con que cuenta para el cumplimiento del objeto propuesto.

Estas potestades de la Administración se refieren a la dirección y control sobre el servicio, a la potestad para modificar la forma de la prestación y para imponer sanciones. De éstas derivan otras atribuciones, pero todas tienden a posibilitar el cumplimiento oportuno y eficiente del servicio.

El ejercicio de estas potestades no autoriza a la Administración a menoscabar el derecho de los concesionarios, ya que ninguna resolución podrá dictar sin estar razonablemente fundada.

Además de ello, el beneficio de quien presta el servicio debe quedar inalterable durante todo el curso de ejecución del contrato, para lo cual la ecuación económico-financiera debe contener todos los elementos integrantes del costo del servicio.

6. Retribución de los servicios

De lo anteriormente expuesto ha quedado evidenciado que el objeto del servicio es la satisfacción de una necesidad colectiva o general. Cumplida esa finalidad y según sean las demás relaciones sociales existentes, la Administración podrá disponer que la retribución de los servicios sea soportada por parte de quien recibe los beneficios en forma directa o mediante otros procedimientos. Es así como éstos pueden ser costeados por el cobro de impuestos, tasas o precios.

En el primer caso no existirá una correspondencia entre el pago y el beneficio individual que cada uno recibe, ya que el impuesto se determina sobre la base de la capacidad contributiva, sin que en ningún caso pueda determinarse la cuantía de su aporte, en relación con el costo del servicio.

La tasa, como lo sostiene Marienhoff, es la retribución correspondiente a los servicios públicos cuya utilización es legalmente obligatoria para el administrado. Comprende esta categoría a los servicios prestados por la Empresa Provincial de Obras Sanitarias, los servicios municipales de alumbrado, barrio y limpieza, etcétera.

El precio es la retribución correspondiente a los servicios de utilización facultativa para el usuario; por ejemplo, ferrocarriles, teléfonos, gas, etcétera.

Tanto los precios como las tasas de los servicios están fijados en las tarifas, que en todos los casos debe establecer la Administración.

7. Sistemas de prestación de los servicios

Desechada la existencia de los servicios públicos impropios, los servicios sólo pueden ser prestados en forma directa por la Administración o por medio de concesionarios o prestatarios.

Desde largo tiempo y con muy distintas argumentaciones, se ha discutido, en los sectores políticos y en el ámbito del derecho, sobre los sistemas más convenientes para la prestación de los servicios públicos. Esta controversia tiene similares características que las planteadas con relación a la determinación de cuándo las necesidades colectivas deben ser satisfechas por el servicio público.

Se ha sostenido que el Estado no tiene capacidad empresaria, que es mal administrador y que se rige por un sistema burocrático y legal, que le impide dar respuestas inmediatas a los urgentes requerimientos que el servicio siempre demanda. Sin embargo, cabe tener en cuenta que si el Estado, y más precisamente la Administración, no tiene capacidad para prestar por sí misma el servicio, tampoco tiene competencia para controlarlo.

Recordemos que el concesionario tiene como finalidad inmediata la obtención de un lucro, el cual no siempre puede conciliarse con la eficiente prestación del servicio.

Cuando la prestación se efectúa por medio de un concesionario, la vinculación de las partes se concreta en un contrato de derecho público, en el cual la Administración impone unilateralmente las cláusulas esenciales y en donde se pone de manifiesto, en forma expresa, las denominadas prerrogativas de la Administración.

Cualquiera que sea el sistema adoptado para la prestación del servicio, nos parece importante el diseño de un modelo de empresa pública. Tal modelo deberá contemplar no sólo ciertos caracteres que son de cumplimiento insoslayable, como la continuidad y generalidad de las prestaciones, sino que también tendrá en cuenta la eficiencia de su accionar.

La forma jurídica deberá contemplar el aspecto administrativo, económico y financiero y los demás elementos que en forma directa o indirecta inciden en su desenvolvimiento.

Según Dromi⁸, "los modelos jurídicos o tipos jurídicos que se utilizan en el ámbito provincial son los previstos por el ordenamiento positivo nacional (ley 20.705, de sociedades del Estado; ley 13.653, de empresas del Estado; ley 19.550,

⁸ DROMI, Roberto, "La empresa pública en la administración local", Revista Argentina de Política Económica Social de mayo-agosto de 1984, p. 1.

arts. 308 a 314, de sociedades anónimas mixtas; decreto-ley 15.349/46, de sociedades de economía mixta)".

Sin embargo, estas formas jurídicas, salvo las empresas del Estado, son figuras jurídicas cerradas que sólo permiten su adopción en forma integral, "por cuanto son leyes que se incorporan al Código de Comercio y por lo tanto las provincias no pueden legislar sobre esas materias y sí sólo aplicar el modelo jurídico en su integralidad, tal como está legislado en las respectivas leyes nacionales". En cambio, la ley 13.653, que rige a las empresas del Estado, sólo es aplicable al Estado federal y territorios nacionales, por lo que las provincias podrán libremente establecer sus propios modelos.

Los distintos tipos anteriormente citados son alternativas que deberán ser confrontadas con las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo a los elementos esenciales del servicio público y demás caracteres que hemos dejado establecidos.

CAPÍTULO V

EL PODER CONSTITUYENTE DE LAS PROVINCIAS

por ANTONIO M. HERNÁNDEZ *

I. CONCEPTO

Los conceptos elaborados por la doctrina del derecho constitucional son de plena aplicación a nuestra materia, ya que se trata del derecho constitucional de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como hemos visto en el cap. I. En consecuencia, toda la teoría del poder constituyente, debe ser recordada en este punto que analizamos ¹.

El poder constituyente es definido por Linares Quintana como "la facultad soberana del pueblo a darse su ordenamiento jurídico-político fundamental originario por medio de una Constitución y a revisar ésta total o parcialmente cuando sea necesario" ².

Aunque desde la antigüedad se ejerció dicho poder para establecer las normas fundamentales, la exposición de la teoría correspondió al abate Emmanuel Sieyès en su famosa obra *¿Qué es el tercer estado?*, en los prolegómenos de la Revolución Francesa.

Sostenía el autor que "...la Nación existe ante todo, es el origen de todo, su voluntad es siempre leal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella sólo existe el derecho natural". "Si queremos una idea justa de las leyes positivas que no pueden emanar sino de su voluntad tenemos, en primer término, las leyes constitucionales, que se dividen en dos partes, unas que regulan la orga-

¹ Para un análisis profundizado sobre el tema, véase SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El poder constituyente*; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Alfa, Buenos Aires, 1956; VANOSSE, Jorge R., *Teoría constitucional*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, y DÍAZ RICCI, Sergio M., *Teoría de la reforma constitucional*.

² LINARES QUINTANA, Segundo V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, ps. 405 y ss.

* Abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor titular plenario de Derecho Público Provincial y Municipal y profesor titular de Derecho Constitucional (Universidad Nacional de Córdoba). Académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y director del Instituto de Federalismo. Académico correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y miembro del Comité Ejecutivo del Instituto de Derecho Constitucional.

nización y las funciones del cuerpo legislativo y las otras que determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos. Estas leyes son llamadas fundamentales, no porque sean independientes de la voluntad nacional sino porque los cuerpos que existen y actúan por ellas no pueden tocarlas. Cada parte de la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna especie del poder delegado puede cambiar nada en la condición de su delegación. Es en este sentido que las leyes constitucionales son fundamentales”³.

Sánchez Viamonte dice que Sieyès sigue el pensamiento de Rousseau, pero corrige el empleo de los términos, humaniza la entelequia metafísica y termina aquella sinfonía inconclusa convirtiéndola en programa práctico de fácil realización. Su sencilla lección magistral fue aprendida por los protagonistas de la Revolución Francesa y no será olvidada mientras la humanidad necesite asegurarse la existencia de un orden jurídico⁴.

Esta teoría es una de las bases fundamentales del Estado de Derecho y de las actuales democracias constitucionales, entre las que se encuentra la nuestra.

II. CLASIFICACIÓN

Del concepto de Linares Quintana se advierte la distinción entre poder constituyente “originario” y poder constituyente “derivado” —que el autor origina en Sieyès lo mismo que Sánchez Viamonte, González Calderón y Burdeau—, en general aceptada por la casi unanimidad de la doctrina argentina y comparada⁵.

³ SIEYÈS, Emmanuel, *¿Qué es el tercer estado?*, versión castellana de Francisco Ayala, 1943, ps. 109 y ss.

⁴ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, Kapelusz, Buenos Aires, 1976, ps. 66 y ss.

⁵ Dice a este respecto el renombrado constitucionalista: “Nuestro punto de vista coincide con el que magistralmente expusiera Sieyès cuando sostenía que ‘una Constitución supone ante todo un poder constituyente’, entendiendo que el poder constituyente se ejercita tanto cuando el pueblo se constituye originariamente, como cuando, mediante los órganos y bajo las condiciones que determina la Constitución, introduce enmiendas totales o parciales al texto de ésta”. Es también la opinión de González Calderón y Sánchez Viamonte, el último de los cuales —siguiendo fielmente la doctrina del ilustre pensador francés— reivindica para las convenciones reformadoras también el ejercicio del poder constituyente, y piensa que la doctrina contraria “destruye lo fundamental de la teoría del poder constituyente como garantía de un orden jurídico estable”. Burdeau participa de este criterio, distinguiendo el poder constituyente originario del poder constituyente instituido, el cual “actúa en virtud de la Constitución en vigencia, de modo que no existe solución de continuidad entre la Constitución antigua y la que es obra del poder constituyente instituido” (LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit., Parte general, t. II, “Teoría de la Constitución”, ps. 133 y 134 y sus notas respectivas). Véase además en esta obra citada precedentemente una serie de opiniones coincidentes en el derecho comparado. Agregamos nosotros que admiten esta distinción la casi unanimidad de la doctrina argentina: Sánchez Viamonte, González Calderón, Linares Quintana, Bidart Campos, Vanossi, Sagüés, Spota, Quiroga Lavie, Bas, Romero, etc. En cambio, la rechazan Schmitt, Recasens Siches y Pérez Serrano en el dere-

“En ambos supuestos —expresa Vanossi⁶— estaríamos ante el ejercicio de una misma sustancia de poder, tanto cuando se constituye inicialmente como cuando se reforma ulteriormente: siempre es poder constituyente”.

Por esta razón Vanossi cita a Linares Quintana, cuando dice que “la obra del poder constituyente sólo puede ser válidamente modificada por el mismo poder constituyente y no por otro de menor jerarquía que aquél”, y a Sánchez Viamonte, que expresaba que el poder constituyente originario y el derivado eran “dos etapas de un mismo poder”, a las cuales denominaba “etapa de primigenidad” y “etapa de continuidad”, respectivamente, porque luego de sancionada la Constitución, el poder constituyente entraba en “estado virtual o de latencia”, apto para ponerse de nuevo en movimiento cada vez que sea necesaria la reforma, o sea la nota de “discontinuidad” del poder constituyente⁷.

La justeza de estos conceptos sirve para explicar con claridad el sistema de reforma constitucional consagrado en el art. 30 de la Ley Suprema, que instituye a la Convención como el órgano que ejercita el poder constituyente derivado⁸.

Recordamos otra clasificación del poder constituyente, que consideramos útil e importante para nuestro Estado federal. Nos referimos a la vinculada a los “grados” de dicho poder, donde distinguimos un “primer grado”, correspondiente al Estado federal con la Constitución Nacional; un “segundo grado”, cuyo ejercicio es de las provincias que sancionan sus respectivas constituciones provinciales; un “tercer grado”, correspondiente a la Ciudad de Buenos Aires —luego de la reforma de 1994 con la incorporación del art. 129—, que ya sancionó su Estatuto Organizativo como Constitución de dicha ciudad-Estado, y un “cuarto grado”, de competencia de los municipios que, en ejercicio del as-

cho comparado y Mitre en nuestro país, quien sostuvo en la Convención Bonaerense de 1870 que “...el poder constituyente sólo es tal cuando se ejercita en forma originaria” (conf. estas últimas opiniones en la obra antes citada de Linares Quintana en esta nota).

⁶ VANOSSI, Jorge R., *Teoría constitucional*, t. I, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 126.

⁷ VANOSSI, Jorge R., *Teoría constitucional*, cit., p. 127.

⁸ Como consecuencia de la reforma constitucional de 1994 se puede sostener con Sagüés (*Elementos de derecho constitucional*, t. I, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, p. 202), que se ha relativizado o atenuado el carácter de rigidez de la Ley Suprema, pues aunque no se ha modificado el citado art. 30, se ha instituido un procedimiento en el art. 75, inc. 22, que nos permite abrirnos progresivamente al derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, el párrafo final de la norma precedentemente referenciada dice: “...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”. Este procedimiento ya fue utilizado para la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas y, en consecuencia, ahora son doce los instrumentos internacionales que tienen dicha jerarquía. Bajo nuestro punto de vista, esta apertura en tan trascendental cuestión fue una de las ideas fuerza fundamentales de la reforma de 1994, a la luz de la lucha sostenida por las Naciones Unidas para asegurar los derechos humanos, en consonancia con los objetivos perennes del derecho constitucional clásico, consagrados en nuestra histórica Constitución Nacional de 1853 y 1860.

pecto institucional de sus autonomías consagradas en el art. 123 de la Ley Suprema de la Nación y regladas en las constituciones provinciales, deben dictar sus “constituciones locales”, que son las cartas orgánicas municipales⁹.

Los grados encuentran su fundamentación en las distintas jerarquías normativas de la organización federativa y, por ello, las constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires deben respetar las bases constitucionales de la Constitución Nacional al momento de ejercitar su poder constituyente, mientras que los municipios autorizados para sancionar cartas orgánicas deben respetar las bases constitucionales de las leyes supremas de la Nación y de las provincias respectivas.

También expresamos que la *distinción entre poder constituyente originario y derivado se aplica a los distintos grados de poder constituyente*, de tal manera que cuando se sanciona por primera vez la respectiva Ley Suprema se ejercita la forma originaria, mientras que la derivada corresponde a sus reformas.

En referencia al ejercicio de poder constituyente por parte de las provincias argentinas, debemos efectuar una distinción según haya sido ejercido *antes o después* de la Constitución Nacional de 1853, para el caso de las provincias históricas, que dieron origen al Estado federal.

Para nosotros hubo ejercicio de poder constituyente originario por parte de las provincias de Santa Fe, Tucumán y Córdoba, cuando en 1819, 1820 y 1821 sancionaron sus primeros documentos constitucionales, lo que luego continuara en casi todas las provincias históricas.

Pero incluso en ese período *anterior* a la sanción de la Ley Suprema federal, y tomando como ejemplo a *Córdoba*, hubo posterior ejercicio de poder constituyente derivado cuando se efectuaron doce reformas al “Reglamento provisorio” —sancionado durante la gobernación de Juan Bautista Bustos y que había sido redactado por los Dres. José Gregorio Baigorri y Norberto de Allende—, con fechas 18/8/1824 y 30/12/1824; 8/4/1825 y 31/5/1825; 15/1/1826, 19/4/1826, 12 y 14/8/1826 y 28/10/1826; 18/5/1832 y 8/6/1832, y 27/6/1844. Luego continuó dicho ejercicio de poder constituyente derivado cuando se sancionó en 1847 el “Código Constitucional Provisorio de la provincia de Córdoba” —redactado por el Dr. Lorenzo Villegas durante la gobernación del rosista Manuel López, “Quebracho”—, que también tuviera reformas con fechas 28/7/1848 y 19/12/1848; 15/1/1849 y 7/8/1849; 25/6/1852 y 24/2/1853¹⁰.

⁹ Con anterioridad, Sánchez Viamonte y Ekmekdjian habían admitido tres grados en el ejercicio del poder constituyente: federal, provincial y municipal, pero nosotros consideramos que ahora son cuatro los distintos órdenes de gobierno de la federación argentina, como lo hemos destacado en HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997. Para un análisis de las cartas orgánicas municipales, véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal*, 2ª ed. act. y aumentada, Depalma, Buenos Aires, 1997, caps. III y VI.

¹⁰ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M. (h) - BELISLE, José M. (h), “Breve historia constitucional de la provincia de Córdoba”, ED del 22/8/2006, supl. Constitucional, ps. 4 y ss. Aclaremos que la gran cantidad de reformas se debió al sistema utilizado, pues la Legislatura estaba habilitada para ejercer el poder constituyente derivado.

Ya en la etapa *posterior* a la sanción de la Constitución Nacional de 1853, también podemos aplicar la clasificación del poder constituyente originario y derivado para el poder constituyente de segundo grado de las provincias. Siguiendo con el ejemplo de nuestra provincia, y en aplicación del procedimiento que había previsto el art. 30 de la Ley Suprema federal de 1853, que preveía la revisión de las constituciones provinciales por parte del Congreso de la Nación, recién en 1855, fue aprobada nuestra Constitución provincial, en ejercicio de un poder constituyente originario. Y, en consecuencia, hubo ejercicio de poder constituyente derivado para las reformas constitucionales de 1870, 1883, 1900, 1912, 1923, 1949, 1987 y 2001¹¹.

III. LÍMITES

No obstante que las dos clases de poder constituyente tienen la misma sustancia, se distingue al originario del derivado también por sus límites, habida cuenta de que el segundo debe adecuarse a los procedimientos impuestos por el primero al establecer el sistema de reforma constitucional.

En este sentido se considera en principio ilimitado al poder constituyente originario —aunque no es pacífica la doctrina al respecto—¹², mientras que se caracteriza al poder constituyente derivado como limitado, aspecto en que nos detendremos por ser de su propia naturaleza.

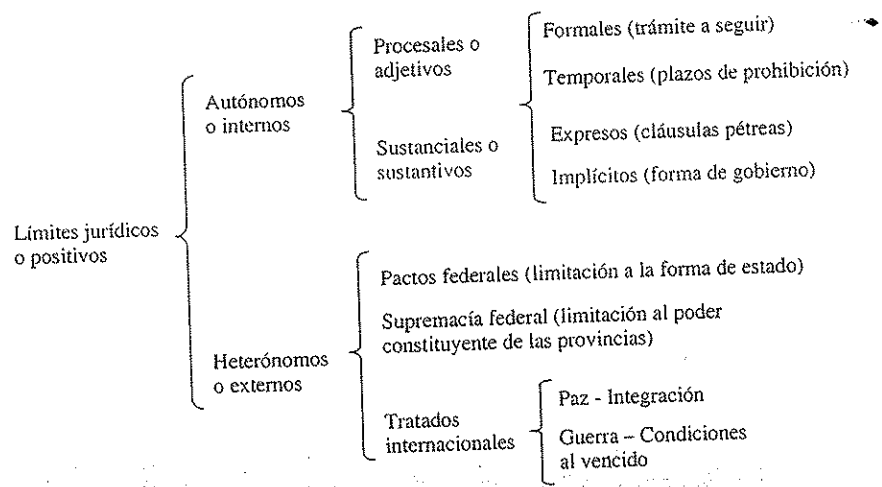
En efecto, esta clase de poder constituyente debe cumplir las prescripciones que al respecto le ha fijado la propia Constitución sobre los órganos desti-

¹¹ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M. (h) - BELISLE, José M. (h), “Breve historia constitucional...”, cit., p. 5. Allí indicamos que para las reformas de 1870, 1923, 1949 y 1987 utilizamos la denominación de “constituciones”, ya que se trató de reformas muy amplias, que prácticamente conformaron nuevos textos constitucionales, pero sin desconocer que fue poder constituyente derivado.

¹² Bidart Campos considera que el poder constituyente originario tiene los siguientes límites: a) Del valor justicia o derecho natural; b) Que puedan derivar del derecho internacional público, y c) Del condicionamiento de la realidad social que un método realista debe tener en cuenta para organizar el Estado (BIDART CAMPOS, Germán J., *Compendio de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 32). Con igual criterio, Linares Quintana sostiene que toda comunidad política, al ejercitar tan esencial facultad soberana, por encima del derecho del positivo está constreñida a respetar ciertos valores naturales y absolutos como la libertad, la dignidad del hombre, la justicia, etc. (conf. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, cit.). Domingo Faustino Sarmiento expresó en la Convención Provincial Bonaerense de 1860, al proponer una enmienda a la Constitución Nacional, que luego sería el art. 33: “...puesto que se le da a esta parte el título de derechos y garantías de los pueblos se supone que es la novación de los derechos primitivos del hombre y los que ha conquistado la humanidad que naturalmente han ido creciendo de siglo en siglo. Se entiende también que esos principios así establecidos son superiores a la Constitución, son superiores a la soberanía popular” (Convención Nacional de 1898 y antecedentes). Por su parte, Vélez Sarsfield sostuvo en la misma oportunidad: “Que estos derechos son superiores a toda Constitución, superiores a toda ley y a todo cuerpo legislativo y tan extensos que no pueden estar escritos en la Constitución” (Convención Nacional de 1898 y antecedentes).

nados a la reforma, los procedimientos, los plazos e incluso determinadas prohibiciones.

Vanossi ¹³ nos presenta el siguiente cuadro sobre este tema:



Nuestra Ley Suprema ha regulado el tema en el art. 30, sobre cuyo análisis no podemos detenernos porque excede el propósito de este estudio.

Respecto de las *constituciones provinciales*, ya anticipamos que además de los límites fijados para las respectivas reformas constitucionales por los propios textos supremos, además deben respetar *los establecidos por la Constitución Nacional*, ya que se trata de un poder constituyente de segundo grado, como anteriormente observamos.

En tal sentido, en primer lugar hay que mencionar a los arts. 5° y 123, que expresan: "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", y "Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero", respectivamente.

¹³ VANOSSI, Jorge R., *Teoría constitucional*, cit., t. I, p. 182. El autor también incluye en la clasificación sobre los límites a los extrajurídicos, o metajurídicos o absolutos, pero ellos corresponden al poder constituyente originario, que en este caso no es objeto de nuestra consideración.

Son cinco los requisitos exigidos por la primera de dichas normas para la sanción de las constituciones provinciales: 1) un sistema representativo republicano; 2) de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, y que asegure: 3) la administración de justicia, 4) el régimen municipal y 5) la educación primaria.

Respecto del significado de lo *representativo*, débese recordar que la propia Ley Suprema de la Nación, en el art. 22 indica que "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución", o sea que no puede establecerse una democracia directa como v.gr., la ateniense del siglo V a.C., en que las más importantes cuestiones de Estado se resolvían en asamblea. Pero ello no prohíbe la existencia de institutos de democracia semidirecta como la iniciativa, el referéndum, etc., que desde hace tiempo fueron consagrados en el constitucionalismo provincial y luego en 1994 en el orden federal, en el tránsito hacia una democracia de carácter participativo.

Y en cuanto a lo *republicano*, ya sabemos que luego de la evolución de su significado, tiene una esencia contrapuesta a lo monárquico, y que entre nosotros importa además la vigencia de estos principios, como lo señalaba Aristóbulo del Valle: soberanía popular, igualdad de los ciudadanos, separación y equilibrio de los poderes, periodicidad de los mandatos electivos, publicidad y control de los actos de gobierno, libertad de prensa y responsabilidad de los funcionarios públicos.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, siguiendo la jurisprudencia de la Corte norteamericana, ha expresado que "las cuestiones referentes a la organización interna de los poderes públicos de las provincias son extrañas a su jurisdicción, porque son de incumbencia exclusiva de las autoridades provinciales" (Fallos 206:312).

En virtud de este aspecto tan importante de la autonomía de las provincias, ellas pueden establecer diferentes formas de organización de sus poderes legislativos, ejecutivos y judiciales. Por ello, Joaquín V. González hablaba de la "variedad" de las constituciones provinciales y uno de los importantes presidentes de la Corte Suprema de Justicia norteamericana, Brandeis, indicaba que ellas eran verdaderos "laboratorios" para la organización institucional.

El segundo requisito, sobre la *conformidad con las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional*, establece un estándar mínimo que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deben respetar en sus leyes supremas en tan importante cuestión, para el reconocimiento de los derechos de los habitantes y de los ciudadanos de todo el país. Pero ello no implica que en ejercicio de sus respectivos poderes constituyentes las provincias y ahora la Ciudad de Buenos Aires, puedan reconocer nuevos derechos y garantías, lo que en efecto ha ocurrido en nuestra historia, como lo veremos más adelante, demostrando la riqueza de este derecho constitucional provincial, como lo decía Alberdi.

El tercer requisito, asegurar la *administración de justicia*, también es una consecuencia del sistema republicano que deben tener las provincias, por lo que deben organizar sus propios poderes judiciales, que aplican los códigos nacionales mencionados en el art. 75, inc. 12, además de la Constitución y leyes provinciales respectivas.

El cuarto requisito, asegurar el *régimen municipal*, fue incorporado en 1853 por el convencional constituyente Juan del Campillo y en nuestro concepto dio fundamento a la autonomía municipal, pero dicha escueta frase originó un extenso debate sobre la naturaleza jurídica de nuestros gobiernos locales, que recién sería superada en el texto constitucional de 1994, con la modificación del art. 123¹⁴.

El quinto requisito, asegurar la *educación primaria*, también es de notoria trascendencia, pues se refiere a uno de los más importantes objetivos perseguidos por nuestros Padres Fundadores, que estaban convencidos de la necesidad de educar al pueblo para consolidar el desarrollo humano y del país.

Joaquín V. González, en su célebre *Manual*, expresaba que estos tres últimos requisitos estaban correlacionados, ya que mediante la educación el hombre conocía sus derechos, cuyo primer teatro para ejercitarlos era el municipio, mientras que el Poder Judicial debía asegurarlos en caso de desconocimiento.

El art. 123, incorporado en la reforma constitucional de 1994, calificó al régimen municipal que debe reglar cada provincia como *autónomo en sus diversos órdenes*, lo que significó un incuestionable avance para la descentralización del poder de nuestro Estado federal, ya que algunos insistían en considerar como autárquicos a nuestros gobiernos locales¹⁵.

Es por este motivo que consideramos necesaria la reforma constitucional de las leyes supremas provinciales de Buenos Aires, Entre Ríos, Santa Fe y Mendoza, ya que no se adecuan a este requisito, al no posibilitar la sanción de cartas orgánicas municipales, en ejercicio del aspecto institucional de la autonomía.

Además de estas normas específicas, debe respetarse *todo el contenido de la Constitución Nacional y el llamado bloque de constitucionalidad federal*, ya que la Ley Suprema también ha consignado el *principio de supremacía del art. 31*, según el cual: "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...".

¹⁴ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal*, cit., caps. III y VI, donde analizamos en profundidad el debate suscitado en nuestra historia sobre la naturaleza jurídica de los municipios, a partir de la interpretación del art. 5°.

¹⁵ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal*, cit., caps. III y VI, donde analizamos lo acontecido en la reforma constitucional de 1994, donde participamos en la consideración del tema, en nuestro carácter de vicepresidente de la Comisión Redactora.

En este aspecto debe tenerse presente que desde 1994 la Constitución federal de nuestro país dotó de jerarquía constitucional a varios *instrumentos internacionales de derechos humanos*, que son de aplicación en las provincias, a saber:

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 Crueles, Inhumanos o Degradantes*, y la *Convención sobre los Derechos del Niño*.

Esos instrumentos, según el art. 75, inc. 22, CN, "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".

La última parte de la norma citada contempla la posibilidad de acordar igual jerarquía a otros tratados de derechos humanos: "Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional". Es el caso de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, con jerarquía constitucional según la ley 24.820 de 1997, y de la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, con jerarquía constitucional, según la ley 25.778, de 2003.

En particular, no podemos dejar de señalar que las constituciones provinciales deben respetar la *delimitación de competencias prescriptas por la Ley Suprema de la Nación*, ya que ése es el problema más delicado y complejo de una federación.

Cabe recordar también que en aplicación del principio de supremacía federal, también integran el bloque de constitucionalidad federal del art. 31, los *tratados celebrados con las potencias extranjeras y las leyes dictadas por el Congreso en consecuencia de la Constitución*, por lo que es menester tener presente el art. 75, inc. 12, CN, que atribuye al Congreso federal: "Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social (...) y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad (...) 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".

Del mismo modo, señalamos que *los tratados internacionales del Estado federal, tienen jerarquía superior a las leyes*, según el art. 75, inc. 22, ya referido y deben ser respetadas por el derecho de las provincias.

Otro tanto ocurre con los *tratados de integración celebrados o a celebrar por el Estado argentino*. En efecto, por el art. 75, inc. 24, *Ley Suprema de la Nación*, puede suceder que dichos tratados "...deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos". Y la misma disposición constitucional ha previsto que en tales casos "Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes...", por lo que la existencia de un "derecho comunitario" tendrá también jerarquía superior a las normas constitucionales dictadas por las provincias.

El *control de constitucionalidad de una Constitución provincial está a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, que debe asegurar la supremacía de la Constitución Nacional y dirimir los conflictos de competencias entre los diversos órdenes gubernamentales.

Asimismo, en aquellos casos en que una provincia transgreda estas previsiones constitucionales del art. 5º, la *Ley Suprema* también posibilita una *intervención federal* según lo indicado en el art. 6º, que le acuerda al gobierno federal la facultad de intervenir en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, entre otras causales. Se trata de una intervención política, de naturaleza extraordinaria, con el objetivo de asegurar los principios de la Federación Argentina.

Un régimen particular se estableció para la *Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, según lo dispuesto por el art. 129, *Ley Suprema de la Nación*, incorporado en la reforma constitucional de 1994, que al reconocer un *status* especial a este nuevo miembro de la Federación, le reconoció la posibilidad de sancionar su propio Estatuto Organizativo de sus instituciones, mediante el ejercicio de poder constituyente.

Estos límites corresponden a todas nuestras entidades subnacionales, al ejercitar tanto sus poderes constituyentes originarios como derivados. Pero en el caso de estos últimos, además deben adecuarse al procedimiento especificado para las respectivas reformas constitucionales.

IV. EL TITULAR DEL PODER CONSTITUYENTE

En nuestro derecho constitucional, el titular del poder constituyente es el pueblo, por cuanto allí reside el principio de la soberanía popular que es la base de la legitimidad democrática y del Estado de Derecho. Ya lo dijo Rousseau: "Todo el poder del Estado dimana del pueblo". Sólo el pueblo puede originariamente sancionar una Constitución o reformarla, por medio de sus representantes o por otros procedimientos. En nuestra *Ley Suprema*, ello surge con toda claridad tanto del Preámbulo —cuando hace referencia a la sanción primigenia de la Constitución— como del art. 30, al prescribirse la reforma de ella por medio de la Convención.

Resulta evidente, en consecuencia, que el único procedimiento admitido para el ejercicio del poder constituyente derivado es el indicado por el artículo precedentemente citado, que atribuye sólo a una Convención Constituyente tal competencia. Y en las provincias ocurre algo similar, aunque con algunas variantes, como luego veremos.

Esto se vincula con un tema de especial importancia, cual es de la "legitimidad" de la Constitución. Dicho problema es de naturaleza esencialmente política y debe resolverse, según Linares Quintana¹⁶, remontándose a la naturaleza del acto constituyente, porque como observa Sánchez Viamonte¹⁷, se requiere la presencia inequívoca de una voluntad política nacida de una determinación popular mayoritaria, porque de lo contrario no sería legítima una Constitución cuya sanción estuviese afectada de soborno, violencia o cualquier clase de presión.

V. EL PODER CONSTITUYENTE Y LOS PODERES CONSTITUIDOS

La diferencia entre poder constituyente y poder constituido resulta fundamental en la teoría constitucional. Esta distinción aparece expuesta —tal como lo dijimos anteriormente— por el Abate Sieyès en su obra citada y luego aceptada a lo largo del tiempo¹⁸.

Sánchez Viamonte consideró que esta separación fundamental entre el poder constituyente y los poderes constituidos es la creación jurídica más importante de aquellos tiempos¹⁹.

En consecuencia, resulta indudable que el poder constituyente opera en un nivel superior, pues es el que establece los grandes principios constitucionales del Estado de Derecho, dando origen a los poderes constituidos, que en nuestra organización son el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. A su vez, también deviene indiscutible que la primera obligación de los poderes constituidos es la de cumplir la Constitución en su letra y espíritu.

¹⁶ Conf. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit.

¹⁷ Conf. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual...*, cit.

¹⁸ Se citan como antecedentes inmediatos de esta fundamental enunciación a dos documentos muy importantes de la historia inglesa: el "Agreement of the people", de 1847, presentado por Cromwell a la Cámara de los Comunes, y al "Instrument of Government", aprobado en 1653, también bajo su inspiración, quien afirmó entonces que "...en todo gobierno debe haber una cosa fundamental, algo como una gran Carta, permanente e inalterable" (conf. BORGEAUD, Charles, *Etablissement et revision des constitutions en l'Europe et en l'Amérique*). Sieyès también se refirió a esta distinción en la Exposición razonada que presentó al Comité de la Constitución el 20 y 21/6/1789, donde expresó: "...Así, pues y repitiéndolo una vez más, la Constitución de un pueblo no es y no puede ser más que la Constitución de su gobierno y del poder encargado de dar leyes lo mismo al pueblo que al gobierno. Los poderes comprendidos en el establecimiento público quedan sometidos a leyes, a reglas, a formas que no dueños de variar".

¹⁹ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual...*, cit.

Como lo veremos más adelante, por el principio de “corrección funcional”, mencionado por Konrad Hesse²⁰, el producto de una Convención Constituyente Federal sólo puede ser revisado por otra Convención Constituyente²¹, o sea, por la misma jerarquía suprema de ejercicio de la soberanía popular. Pero en el caso de una convención constituyente provincial, al ser poder constituyente de segundo grado, es posible la revisión por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que es un poder constituido, pero creación del poder constituyente de primer grado.

VI. EL PODER CONSTITUYENTE PROVINCIAL EN EJERCICIO

1. Antes de 1853

Las provincias “históricas” surgieron sobre la base de las ciudades y cabildos fundados por las diversas corrientes colonizadoras españolas, en un proceso que se extendió desde fines de la década de 1810 hasta 1834, con la provincia de Jujuy, que se separa de la de Salta, que fue la decimocuarta

Dichas provincias, en ejercicio de sus respectivas soberanías, ejercitaron su poder constituyente al sancionar sus respectivos textos supremos.

En tal sentido, la primera Constitución provincial fue el “Estatuto Provisorio de Santa Fe”, del 26/8/1819, caracterizado por no establecer un sistema de división de poderes, ya que el centro del poder residía en el Ejecutivo, a cargo del denominado “caudillo”, que debía ser electo popularmente cada dos años. Por ello, este primer instrumento ha recibido críticas por parte de la doctrina constitucional²².

El 6/9/1820 se promulgó la “Constitución de la República Federal de Tucumán”, que debía regir en las provincias de Catamarca, Santiago del Estero y Tucumán y que no obstante su enunciación era unitaria, pues tuvo influencia de la Constitución de 1819, que había pretendido establecer tal forma de Estado en la Nación, y por ello fue rechazada por las provincias. Por su carácter centralizador originó la posterior separación de las dos primeras provincias. Establecía un Poder Legislativo unicameral y el Poder Ejecutivo estaba a cargo de un presidente de la República.

El 30/1/1821 se sancionó el “Reglamento Provisorio de la Provincia de Córdoba”, que establecía que “La provincia de Córdoba, es libre e independiente. Reside esencialmente en ella la soberanía y le compete el derecho de establecer sus leyes fundamentales por constituciones fijas; y entre tanto, por reglamentos

²⁰ KONRAD, Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, p. 49, cit. por SAGÜÉS, Néstor P., *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 112 y nota 47.

²¹ También sostienen esta posición Linares Quintana y Miguel Padilla, conf. VANOSI, Jorge R., *Teoría constitucional*, cit., p. 127 y nota 6.

²² Para un análisis más extenso de este tema y de la historia constitucional de las provincias, véase DEMICHELI, Alberto, *Formación nacional argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1971.

provisorios en cuanto no perjudique los derechos particulares de las demás provincias y los generales de la Confederación”. El documento se dividió en secciones y capítulos que reconocían derechos del hombre y del ciudadano, propios de las constituciones liberales de su época. Por otra parte, organizaba los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, además del régimen municipal a través de ayuntamientos y cabildos. Este instrumento tuvo las influencias de la Constitución de la Banda Oriental de 1813, debida a José Artigas y a su antecesora, la de Massachusetts de 1780, con una división de poderes. El Poder Ejecutivo estaba a cargo de un funcionario titulado presidente de la República.

Mendoza, San Juan y San Luis, en mayo de 1821, bajo el nombre de “Los Pueblos Unidos del Cuyo”, acordaron un singular instrumento constitucional con un Poder Ejecutivo común, denominado “Presidente de los Pueblos Unidos”, además de una Asamblea de Diputados y una Cámara Judicial. No obstante ello, cada provincia tenía su propio gobernador y órganos judiciales. Tenía un claro espíritu federal en lo interno como en lo relativo a la organización nacional.

Salta y Jujuy, con fecha 9/8/1821, dictaron conjuntamente una Constitución de sólo quince artículos que organizó su Junta de Representantes, una Cámara de Justicia y el Poder Ejecutivo a cargo de un gobernador.

En la provincia de Corrientes, el 11/12/1821, se sancionó un estatuto que estableció la división de los poderes, con amplias competencias, agregándose “salvo aquello que haya o pueda corresponder al cuerpo o Estado general de la Federación nacional”.

Entre Ríos, mediante la Constitución del 4/3/1822, se erigió en “formal Estado y gobierno representativo independiente”. También tenía un Poder Legislativo a cargo de un Congreso de representantes, un Poder Ejecutivo que recibía el nombre de gobernador y era electo por el cuerpo anterior y además había jueces y tribunales de justicia.

Posteriormente, las provincias que estaban unificadas en las regiones antes citadas, se fueron independizando y, en consecuencia, sancionaron sus propias constituciones. Catamarca lo hizo el 11/7/1823; San Juan, el 13/6/1825; Santiago del Estero, el 26/7/1830; San Luis, el 7/1/1832, y por último, Jujuy, en noviembre de 1835.

Las provincias de Buenos Aires, La Rioja y Mendoza no se dieron constituciones antes de la sanción de la Constitución Nacional de 1853.

Importa destacar que las constituciones provinciales mencionadas, junto a los pactos interprovinciales y a los intentos de organización del país a partir de 1810, fueron los antecedentes institucionales e históricos de la Constitución Nacional de 1853. Las provincias se consideraban soberanas y fueron ellas las que organizaron el país de manera confederativa en 1831, al firmar el Pacto Federal de 1831, que tuvo vigencia hasta 1852, en que se celebró el Acuerdo de San Nicolás. Éste fue el antecedente inmediato de la sanción de la Constitución Nacional de 1853, que dió origen al Estado federal en cumplimiento de los

pactos preexistentes, delegando parte de sus poderes al gobierno federal, por medio de la Constitución.

2. Después de 1853

Con la sanción de la Ley Suprema federal, las provincias que formaban parte de la Confederación fueron dictando sus nuevas constituciones locales, para adecuarlas al nuevo texto federal. Todas ellas fueron revisadas y aprobadas por el Congreso federal, según el requisito que establecía la Constitución Nacional en su versión de 1853.

En los años posteriores, se sancionaron nuevos textos constitucionales en las provincias, buscando adaptar las instituciones locales a las pautas que fijaba el texto federal y a los procesos de cambio que se iban produciendo.

Ya durante el siglo XX, el proceso de reformas constitucionales provinciales en ciertos casos se adelantó a la Constitución Nacional, con la incorporación de los principios del constitucionalismo social y de la internacionalización de los derechos humanos. Particularmente, cabe citar el ciclo de sanción de nuevos textos constitucionales en la década del 50, como consecuencia de que varios territorios nacionales pasaron a ser provincias.

Con el retorno de la democracia, en 1983, se produjo un nuevo ciclo de reformas constitucionales en las provincias comenzado en 1986, que antecedió a la reforma constitucional de la Carta Magna Nacional ocurrido en 1994 y que fue uno de sus principales antecedentes. Veamos ahora, en el siguiente cuadro, las reformas constitucionales producidas en las provincias.

Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Año de la primera Constitución	Total de reformas constitucionales	Año de la reforma vigente
Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Capital Federal	1996	0	1996
1. Buenos Aires	1854	6	1994
2. Catamarca	1855	4	1988
3. Córdoba	1855	8	2001
4. Corrientes	1855	7	2007
5. Chaco	1951	2	1994
6. Chubut	1957	4	1994
7. Entre Ríos	1860	5	1933
8. Formosa	1957	2	2003
9. Jujuy	1855	6	1986
10. La Pampa	1952	3	1998
11. La Rioja	1855	8	2007
12. Mendoza	1854	10	1965
13. Misiones	1958	1	1964
14. Neuquén	1917		

Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Año de la primera Constitución	Total de reformas constitucionales	Año de la reforma vigente
15. Río Negro	1957	1	1988
16. Salta	1855	9	2003
17. San Juan	1856	6	1986
18. San Luis	1855	7	1987
19. Santa Cruz	1957	2	1998
20. Santa Fe	1856	8	1962
21. Santiago del Estero	1856	12	2005
22. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur	1991	0	1991
23. Tucumán	1856	5	2006

Adelantamos que en el derecho constitucional argentino —tanto en el orden federal como provincial— se aprecian claramente *tres etapas*: 1) *el constitucionalismo liberal o clásico*, que consagró al Estado liberal y reconoció los derechos humanos de primera generación (civiles y políticos); 2) *el constitucionalismo social*, que estableció un Estado social y reconoció los derechos humanos de segunda generación (derechos sociales), y 3) *el constitucionalismo de la internacionalización de los derechos humanos*, que concedió jerarquía constitucional a determinados tratados internacionales de derechos humanos y reconoció los derechos humanos de tercera generación.

En el orden federal la primera etapa comenzó en 1853, la segunda etapa en las reformas de 1949 y 1957, y la tercera etapa en la reforma de 1994. En general se puede advertir que las constituciones provinciales se fueron adecuando a dichos cambios.

Sin embargo, en el tránsito hacia el constitucionalismo social, algunas constituciones provinciales se adelantaron a la Constitución Nacional, como es el caso de las provincias de San Juan (1927), de Entre Ríos (1933) y de Buenos Aires (1934), que reconocieron los derechos sociales de los trabajadores o el voto de las mujeres, mientras que ello ocurrió en el orden federal recién en 1949 y 1957²³.

Y con relación a la tercera etapa, ocurrió lo propio, pues las constituciones provinciales de Neuquén (1957), San Juan (1986) y Córdoba (1987) incluyeron entre sus disposiciones complementarias a algunos tratados internacionales de derechos humanos, además de reconocer los llamados derechos humanos de “tercera generación” —como, por ejemplo, los referidos al medio ambiente previstos por la Constitución de Córdoba de 1987—, mientras que ello ocurrió en la Constitución Nacional en la reforma de 1994.

²³ Incluso hemos advertido que se pueden observar algunos antecedentes de este tránsito hacia el constitucionalismo social en las constituciones de 1907, de Tucumán, y de 1916, de Mendoza.

VII. SISTEMAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN LAS PROVINCIAS

Los *sistemas de reforma constitucional* actualmente utilizados en el orden provincial pueden sintetizarse así:

a) Por Convenciones Constituyentes, que es el más utilizado en nuestro derecho público provincial.

b) Por la Legislatura *ad referendum* del pueblo, que se aplica en algunas provincias argentinas para la modificación de uno o dos artículos y que se denomina sistema de "enmienda".

c) El sistema de reforma de la provincia de Buenos Aires, consistente en que la Ley de Declaración de Necesidad de Reforma establecerá si se convoca o no a la Convención Constituyente, o sea que el Poder Legislativo elige el procedimiento. Y si no opta por el sistema de convención, la ley deberá contener la enmienda que luego será sometida a plebiscito en la próxima elección, y si es aprobada por el pueblo, se la incorpora a la Constitución ²⁴.

Históricamente hubo constituciones y reformas constitucionales sancionadas por las Legislaturas provinciales, entre 1819 y 1853, es decir, antes de la organización constitucional federal del país.

Este sistema se utilizó, asimismo, en 1949, cuando se produjo la reforma de la Constitución Nacional, que dispuso entre sus cláusulas transitorias autorizar a las legislaturas provinciales a modificar totalmente sus constituciones para adaptarlas a los principios, declaraciones, derechos y garantías que se consagraban. Este procedimiento fue considerado como negativo del federalismo y lesivo de las autonomías provinciales por Carlos R. Melo, anterior profesor titular de esta Cátedra, tesis que compartimos ²⁵.

VIII. REFORMAS POR CONVENCIONES CONSTITUYENTES

La reforma *total o parcial* está prevista por todas las constituciones provinciales. En general, se utiliza un sistema similar al del orden federal, o sea, por medio de Convenciones Constituyentes, a través de un procedimiento que consta de dos etapas: *preconstituyente*, a cargo de las respectivas Legislaturas, que deben declarar la necesidad de la reforma constitucional, y *constituyente*, a cargo de las Convenciones Constituyentes reformadoras, electas por el pueblo.

Existen dos casos especiales con una etapa intermedia que consisten en una consulta que se formula al pueblo para que vote por la convocatoria o no a la Convención (art. 221, Constitución de Mendoza); o directamente a favor o en contra de la declaración de necesidad de la reforma (art. 274, Constitución de San Juan).

²⁴ Véase ZIULU, Gabino A., "Algunas reflexiones acerca del procedimiento de reforma de la Constitución de la provincia de Buenos Aires", JA 1991-II-830.

²⁵ Conf. MELO, Carlos R., *Constituciones de la provincia de Córdoba*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1950, CCXXIV-CCXXV.

En cuanto a los *procedimientos de este sistema de convención*, corresponde a la Legislatura *declarar la necesidad de la reforma total o parcial* de la Constitución, la cual en general debe ser aprobada por una mayoría de dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, en los regímenes bicamerales, o de la Cámara en aquellos casos en que el sistema sea unicameral ²⁶.

La *iniciativa* en materia de reforma constitucional la tienen los legisladores o el Poder Ejecutivo. Sin embargo, algunas constituciones (como la de Córdoba) le prohíben expresamente a este último iniciar el procedimiento de reforma, como también vetarlo. Ello así, ya que se trata de una declaración de naturaleza preconstituyente, aunque tenga la forma de una ley en sentido convencional.

En cuanto al *contenido* de la reforma, varias constituciones exigen que con la declaración de necesidad se fijen los temas, puntos o artículos que se habilitan para la reforma por la Convención ²⁷.

En relación con este tema, para nosotros es suficiente que la Legislatura mencione dichos puntos o temas, pues nos parece inconveniente que se avance en su redacción, ya que se estaría invadiendo la competencia propia de la Convención Constituyente ²⁸.

Ya dijimos que la etapa específicamente constituyente corresponde a la "Convención Constituyente" o "Convención Reformadora", electa directamente por el pueblo, en ejercicio del poder constituyente derivado.

El modo de integración, condiciones de elegibilidad, incompatibilidades e inmunidades son establecidos por las propias constituciones o por las leyes de declaración de necesidad de la reforma. Lo mismo suele ocurrir en cuanto al lugar o sede de las deliberaciones de la Convención, así como el plazo fijado para la realización de su tarea.

La Constitución de la provincia de Córdoba prescribe que la declaración de la necesidad de la reforma debe ser *publicada* treinta días en los principales diarios de la provincia, juntamente con la fecha del comicio (art. 197). Y en cuanto al *número de miembros de la Convención*, dispone que sea el mismo de

²⁶ La Constitución del Chaco exige una mayoría de tres cuartas partes de los miembros de la Cámara (art. 209), pero si sólo se alcanzara en la votación los dos tercios, será sometida esa declaración al pueblo de la provincia para que se pronuncie en pro o en contra (art. 211). Por su parte, Santiago del Estero (art. 223) establece que cuando la reforma sea total, dicha ley debe ser aprobada por los tres cuartos de votos y por dos tercios si fuere parcial, en ambos casos sobre la totalidad de miembros de la Cámara.

²⁷ Buenos Aires, art. 206, inc. a); Corrientes, art. 238; Catamarca, art. 282; Córdoba, art. 196; Chaco, art. 210; Chubut, art. 266; Entre Ríos, art. 217; Formosa, art. 124; Jujuy, art. 97; La Rioja, art. 161; Río Negro, art. 111; Salta, art. 178; San Luis, art. 281; Santa Cruz, art. 154; Santa Fe, art. 114; Tucumán, art. 151; Santiago del Estero, art. 224.

²⁸ Véase la ponencia de PRIETO, Hugo, "Atribuciones y límites de las Convenciones Constituyentes de las provincias", en el CD del XVII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional, realizado en Paraná, entre el 13 y 15/9/2007, sobre el tema "La reforma de las constituciones locales".

la Legislatura, elegidos directamente por el pueblo, mediante sistema proporcional, con los *mismos requisitos e inmunidades de los legisladores*. Asimismo, se establece la *compatibilidad* del cargo de convencional con cualquier otro que no sea el de gobernador, vicegobernador, magistrados y funcionarios del Poder Judicial (art. 198). Se ordena que el término para el cumplimiento de su misión por la Convención sea fijado por la Legislatura y que no exceda de un año, y que aquélla deba constituirse dentro de los treinta días corridos a partir de la fecha de proclamación de los electos (art. 199). Finalmente, la Ley Suprema provincial indica que el gobernador debe promulgar la reforma dentro de los días de realizada y ordenar su publicación, correspondiendo la promulgación tácita si no lo hiciera (art. 200).

Para adentrarnos en la *naturaleza y alcance de las competencias de las Convenciones Reformadoras*, debemos recordar algunos antecedentes del derecho comparado y argentino.

En ese sentido, es preciso recurrir al análisis realizado por Arturo M. Bas, que efectúa una síntesis de la evolución de las Convenciones producida en el derecho norteamericano, que fue precursor en esta materia y cuyo mayor tratadista fue Alejandro Jameson, con su obra *Convenciones constitucionales*, quien luego de responder afirmativamente que una Legislatura puede obligar a una Convención, expresaba: “Sólo tres Convenciones (una en Georgia, 1789; otra en Illinois, 1862, y otra en Pensilvania, 1892), entre todas las que he estudiado, se aventuraron a desobedecer las reglas prescriptas por las Legislaturas, a desatender o evadir las limitaciones establecidas”. Y agregaba: “La Legislatura es el centinela de guardia. No puede legalmente abdicar su posición (...) ella tiene el derecho de prescribir cuándo, dónde y cómo debe la Convención reunirse, proceder en sus tareas y poner sus trabajos en vigor; pero no, qué debe hacer”²⁹.

Luego de destacar Bas que “Las Convenciones no son entre nosotros como en Norteamérica meramente de estudio y preparación, sino que sancionan por sí y definitivamente la ley fundamental”³⁰, arriba a la siguiente conclusión: “Encuadradas las Convenciones dentro del término de su mandato, y conociendo los puntos o materias señaladas para la reforma, la potestad es plena, para efectuar las enmiendas en la forma que juzguen conveniente, como para declarar que no conceptúan aquéllas convenientes o necesarias”³¹.

²⁹ BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino. Nación y provincia*, t. 1. Abeledo, Buenos Aires, 1927, cap. VI, p. 238.

³⁰ BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino...*, cit., t. 1, p. 220.

³¹ BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino...*, cit., t. 1, p. 240. El autor cita, entre otros autores que estudiaron el derecho norteamericano además de Jameson, a Cooley, Holcombe y Borgeaud, y refiere distintos fallos jurisprudenciales. Respecto de nuestro derecho menciona, entre quienes sostuvieron el carácter limitado de las Convenciones Reformadoras, a Mitre y Bernardo de Irigoyen en la Convención Reformadora Constituyente de la provincia de Buenos Aires (1870-1873), a VARELA, Luis V., *Plan de reformas a la Constitución de Buenos Aires*; MONTES DE OCA, Manuel, *Convención Reformadora de la provincia de Santa Fe (1920-1921)*, y GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho público provincial (1913)*. desinformet.lehaya en la Cámara

O sea que las Convenciones Reformadoras tienen límites *materiales y temporales* para el ejercicio de sus competencias. En cuanto a los primeros, están vinculados al carácter del poder constituyente de segundo grado que tienen las provincias y que antes analizáramos, además de los aspectos vinculados a la ley declaratoria de la necesidad de la reforma, que circunscribe la competencia de la Convención a los temas fijados ya sea en forma expresa o implícita. Y en cuanto a los segundos, la Convención no debe exceder el límite temporal fijado por la Constitución provincial o la ley declaratoria de la necesidad de la reforma.

Reiteramos que en el ejercicio de su competencia y dentro de los límites señalados precedentemente, la Convención es soberana para reformar o no la Constitución y para hacerlo según su voluntad, pues representa al pueblo en su más alta expresión.

Por la experiencia vivida en tres Convenciones Constituyentes, en cada uno de los niveles estatales (federal en 1994, provincial de Córdoba en 1987 y municipal de Córdoba en 1995), *somos decididos partidarios de este sistema de reforma constitucional*, ya que hemos podido comprobar que es posible allí el ejercicio de la *política arquitectónica*, que es la base de la *política constitucional*. Para nosotros el *consenso* entre las fuerzas políticas y sociales es imprescindible para una reforma verdaderamente legítima, ya que la Constitución es el programa máximo de gobierno, como decía Sánchez Viamonte, debe ser la expresión de los sueños e ideales de un pueblo, porque es en esencia una “transacción política fundamental”, como pensaba Alberdi. Por eso debe evitarse el ejercicio agonal de la política que pueda llevar a la imposición de textos impuestos por mayorías circunstanciales.

Desafortunadamente, en pocos momentos de la historia hemos podido alcanzar los acuerdos suficientes para producir las reformas constitucionales —mientras que las violaciones o incumplimientos de los textos supremos fueron una constante en nuestra sociedad anómica³²—, lo que atribuimos a una

de Diputados de la Nación sobre la Convención Reformadora de Santa Fe (en la sesión del 29/9/1922). Bas analiza especialmente el término del mandato de las Convenciones en nuestro derecho público provincial (cit., ps. 228 y ss.), con motivo de la extensión de algunas Convenciones como la de Buenos Aires entre 1882 y 1889, o la actitud de la Convención Constituyente de Santa Fe de 1921, que en dos oportunidades había prorrogado su fecha de terminación.

Esto originó el mayor debate al respecto, incluso en la Cámara de Diputados de la Nación, donde intervinieran Montes de Oca y González Calderón con la posición citada, mientras que Lisandro de la Torre defendió la contraria.

La cuestión de la naturaleza de las Convenciones Reformadoras fue discutida en el seno de algunas de ellas, como la Nacional de 1898 y en las provinciales citadas por Bas. Posteriormente, la doctrina acompañó la tesis de la limitación de las facultades de estas Convenciones. El tema también se consideró en la Convención Nacional Constituyente de 1994 de Santa Fe y Paraná, donde sostuvimos dicha tesis para analizar la legalidad y legitimidad de dicha reforma constitucional (véase nuestra obra HERNÁNDEZ, Antonio M. [h], *Reforma constitucional de 1994. Obra del convencional constituyente Dr. Antonio María Hernández [h]*, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1995).

³² Conf. HERNÁNDEZ, Antonio M. - ZOVATTO, Daniel - MORA Y ARAUJO, Manuel, *Encuesta*

falta de cultura política democrática, producida, entre otros aspectos, por la "ley de la discordia interna", que señalara Joaquín V. González en *El juicio del siglo*, en 1910.

IX. EL SISTEMA DE ENMIENDAS

Varias constituciones provinciales, con distintas modalidades, admiten la posibilidad de que la reforma a uno o dos artículos se efectúe por las Legislaturas, con ratificación posterior del pueblo mediante referéndum, lo que se denomina el sistema de enmiendas³³. En general en estos casos, la Legislatura debe producir la modificación con el voto de los dos tercios de la totalidad de miembros que la integran³⁴.

Se comprende que el objetivo de este sistema es facilitar las reformas de pocos artículos, para evitar el procedimiento más complejo de la convocatoria a una Convención Constituyente.

X. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

Debemos preguntarnos si puede haber una reforma de la Constitución que sea inconstitucional.

A ello respondemos afirmativamente, a la luz de los distintos debates que se han producido en la teoría constitucional y en nuestra propia historia institucional.

En cuando al primer aspecto, es pertinente recordar los debates sostenidos entre Carl Schmitt y Hans Kelsen en el derecho europeo, entre Marbury y Frier-son en el derecho norteamericano, y entre Linares Quintana y Cueto Rúa en nuestro derecho³⁵.

En cuanto al segundo aspecto, en nuestra historia constitucional resulta notable el alto grado de cuestionamiento que tuvo el ejercicio del poder constituyente, como resultado—bajo nuestro punto de vista—de la falta de adecuada cultura política y jurídica, que nos impidió en largos períodos históricos alcanzar los acuerdos requeridos por la política constitucional.

de cultura constitucional. Argentina, una sociedad anómica, Universidad Nacional Autónoma de México y la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Ciudad de México, 2005.

³³ Establecen este sistema de enmiendas las constituciones provinciales de Buenos Aires (art. 209), Chaco (art. 212), Chubut (art. 271), Formosa (art. 226), Mendoza (art. 223), Misiones (art. 178), Neuquén (art. 313), San Juan (art. 277), San Luis (art. 287), Río Negro (art. 119) y Tucumán (art. 155).

³⁴ Con la excepción de la provincia de Formosa (art. 226), que requiere de cuatro quintos votos de la Legislatura para ello.

³⁵ Véase al respecto EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, t. III, Depalma, Buenos Aires, 1995, punto 406, "El *quid* del control de constitucionalidad de una reforma constitucional", ps. 165 y ss., y LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...*, cit., t. II, ps. 143 y ss.

En efecto, el problema inicial de la reforma de 1860, efectuada en violación del art. 30 del texto de 1853 que prohibía reforma alguna en el término de diez años, signó el comienzo del debate sobre nuestro *status* constitucional, que reputamos recién solucionado en la reforma de 1994, luego de un prolongado derrotero político-institucional marcado por profundos desencuentros.

Piénsese que debimos recurrir a las tesis enunciadas en este siglo por Sánchez Viamonte y Bidart Campos sobre la naturaleza de poder constituyente originario en 1860, para superar la objeción de inconstitucionalidad de dicha reforma. Y luego de ello, casi todas las posteriores reformas tuvieron igual suerte, v.gr., las de 1949, 1957, 1972 e incluso la de 1994³⁶.

En consecuencia, pensamos que la inconstitucionalidad de una reforma constitucional puede producirse cuando se violentan los límites establecidos para el ejercicio del poder constituyente derivado.

En relación con el *control de constitucionalidad de una reforma constitucional* en nuestro derecho, es necesario distinguir entre: 1) las de nivel provincial y las de nivel federal, y 2) las materias de procedimiento de la reforma (*matters of procedure*) y las materias de contenido (*matters of substance*)³⁷.

Para nosotros resulta claro que tanto en nuestro sistema—como en el norteamericano, que fuera nuestro modelo en la materia— el control de constitucionalidad de una reforma constitucional federal no debiera ejercitarse por el poder constituyente derivado, pues de lo contrario se colocaría a los tribunales por encima de los órganos que tienen atribuida dicha competencia en representación de la soberanía popular en su más alta expresión. Pero ello fue desconocido por la Corte Suprema en el caso "Fayt", que declarara la nulidad de dos cláusulas de la reforma constitucional de 1994, lo que hemos reputado erróneo e inconstitucional³⁸.

En cambio, y tal como antes lo sostuvimos, es posible la revisión de la constitucionalidad de una reforma constitucional provincial o de la Ciudad Au-

³⁶ Por razones de brevedad, no podemos detenernos en el análisis de las distintas impugnaciones producidas a cada una de las reformas producidas, aspectos por otra parte muy conocidos en nuestra dolorosa y conflictiva historia nacional. Hicimos referencia a ellas en uno de nuestros discursos pronunciados en la Convención Nacional Constituyente de Santa y Paraná de 1994, al exponer sobre la legalidad y legitimidad de dicha reforma (conf. HERNÁNDEZ, Antonio M., *Reforma constitucional de 1994*, cit.).

³⁷ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M. (h), *El caso "Fayt" y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 41, donde analizamos el control de constitucionalidad de una reforma constitucional en el derecho comparado, comenzando por el derecho norteamericano, que es similar al nuestro en este aspecto. Allí referimos que desde el siglo pasado se observa la declaración de inconstitucionalidad de reformas estatales por parte de la Corte Suprema de Justicia, lo que nunca ha ocurrido con relación a las reformas de la Constitución federal.

³⁸ Conf. HERNÁNDEZ, Antonio M. (h), *El caso "Fayt"...*, cit. En la obra exponemos nuestros argumentos contrarios a los de la Corte, basados en que ésta desconoció los principios de la teoría constitucional respecto del poder constituyente, la supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad.

tónoma de Buenos Aires, por cuanto se trata de poderes constituyentes de segundo grado o de tercer grado y, en consecuencia, deben adecuarse a las bases establecidas por el de primer grado, en la Ley Suprema federal.

Respecto del *control de constitucionalidad de una reforma constitucional provincial*, nuestro más alto tribunal federal, la *Corte Suprema de Justicia*, es el más “nacional” de los poderes constituidos, ya que puede revisar lo sancionado en el constitucionalismo provincial, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en los municipios, para garantizar la supremacía de la Constitución federal.

En este aspecto, se observan diversos casos en que la Corte ha realizado el control de constitucionalidad de distintas reformas constitucionales provinciales, con el objeto de controlar si se *habían invadido facultades delegadas al gobierno federal, o se violaban derechos asegurados por la Constitución Nacional o para asegurar el sistema republicano consagrado por la Ley Suprema*³⁹.

Atento a la extraordinaria importancia que tiene la Corte Suprema en relación con el federalismo, en particular por la trascendencia de sus fallos relativos a las cuestiones de competencia, consideramos que se advierte una jurisprudencia que no siempre ha sido respetuosa de las autonomías provinciales.

Y en este aspecto no podemos dejar de analizar brevemente dos fallos que juzgamos relevantes para comprobar la opinión enunciada.

En “Iribarren Casiano, Rafael v. Santa Fe”, que fue el antecedente inmediato del caso “Fayt”, sentenciado por la Corte el 22/6/1999, el más alto tribunal, con el voto mayoritario de los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano, Petracchi, Bossert y Vásquez (los tres últimos, según sus respectivos votos) y la disidencia de Belluscio, *declaró la inconstitucionalidad del art. 88 de la Constitución de la provincia de Santa Fe, en cuanto dispone el cese de la inamovilidad de los magistrados a partir de los sesenta y cinco años de edad, si están en condiciones de obtener la jubilación ordinaria*.

En cuanto a los fundamentos del voto mayoritario, se expresó en el consid. 8º: “La trascendencia de los efectos del art. 88 de la Constitución de la provincia de Santa Fe exceden el marco del derecho público local y se proyectan al ámbito de vigencia de la Constitución Nacional, pues si bien ésta garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones, el ejercicio de ellas y la elección de sus autoridades, les impone expresamente el deber de asegurar la administración de justicia, proclama su supremacía sobre las constituciones y leyes locales y encomienda a la Corte Suprema de Justicia de la Nación su mantenimiento. Y es evidente que choca frontalmente con el citado deber la disposición que transforma en precaria la situación de los jueces que arriban a una determinada edad, sin limitación alguna en el tiempo, dejando en manos de los otros poderes provinciales la disposición de sus cargos”.

³⁹ Véanse los casos citados por SPOTA, Alberto (h), “El control de constitucionalidad sobre las constituciones provinciales”, LL 2004-C-1090, y PRIETO, Hugo, “Atribuciones y límites...”, cit.

Y en el 9º agregó: “Que, ante situaciones como la de autos, en la que se comprueba que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, en el sentido de que da al término la Ley Fundamental, y que constituye uno de los pilares del edificio por ella constituido con el fin irrenunciable de afianzar la justicia, la intervención de este tribunal federal no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su funcionamiento, asegurando el acatamiento de aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional (Fallos 310:804)”.

Asimismo, y como *obiter dictum* en el fallo del ministro Vásquez, se adelantó un análisis circunstanciado del art. 99, inc. 4º, CN, que luego serviría de base para el caso “Fayt”. Se aprecia con certeza que ya avanzaba en algunos integrantes de la Corte la idea de oponerse a la cláusula de los 75 años establecida en la reforma de 1994 y para ello se dio este paso previo, pues se trataba de una temática similar en una Constitución provincial, que había sido reformada en el muy lejano año 1962.

Ante esta evidente lesión a la autonomía provincial, expresamos nuestra conformidad con la *disidencia firmada por el ministro Belluscio*, que rechazó la citada demanda de inconstitucionalidad del juez Iribarren, sobre la base de los siguientes argumentos:

“6. Que el art. 5º de la Constitución Nacional obliga a las provincias a dictar sus respectivas constituciones bajo el sistema representativo, republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de aquélla, y que asegure su administración de justicia. Obviamente, ello no implica que los estados provinciales estén forzados a copiar a la letra las instituciones nacionales, ni siquiera a seguirlas como modelo más que en lo esencial. Y, en lo que hace al tema en debate en esta causa, lo esencial está constituido por el mantenimiento del régimen republicano de gobierno, que implica la existencia de un Poder Judicial separado de los poderes políticos, y por la garantía de su funcionamiento. Extender más allá la primacía del texto básico nacional implicaría la anulación del federalismo, de igual jerarquía constitucional que el régimen republicano (art. 1º), que permite a las provincias darse sus propias instituciones (arts. 122 y 123) y, obviamente, regular su composición y funcionamiento. Por lo tanto, dentro de los límites marcados por el art. 5º, cada provincia tiene plena potestad para organizar su Poder Judicial. De manera que lo que corresponde establecer en esta causa es si el tope temporal de la inamovilidad por razón de la edad—fijado por la Constitución impugnada en la época en que el magistrado está en condiciones de acceder a la jubilación ordinaria—excede aquellos límites”.

“7. Que, por cierto, el examen de esa cuestión no puede partir del juzgamiento acerca de la conveniencia o inconveniencia en abstracto de la inamovilidad absoluta, aspecto que está librado a la apreciación del constituyente provincial y exento de revisión judicial, sino de que se respeten los límites marcados por la Constitución Nacional. En otros términos, si ésta impone a las provincias

En el consid. 8° sostuvo que era innecesario pronunciarse sobre la comparación con el sistema federal del art. 99, inc. 4°. Y en el 9°, expresó: “Que, en definitiva, al no estar atribuida a esta Corte la posibilidad de juzgar de la conveniencia o inconveniencia de las normas jurídicas regularmente dictadas sino exclusivamente de su compatibilidad con la Constitución Nacional, el art. 88 de la Constitución santafesina —en tanto hace cesar la inamovilidad de los jueces al alcanzar al edad requerida para obtener la jubilación ordinaria— no merece reproche por una supuesta colisión con las normas de la Ley Suprema federal”.

Estos fundamentos, a diferencia de los del voto mayoritario de la Corte, expresan el respeto de nuestra forma federativa de Estado y de la consecuente autonomía de las provincias para establecer sus propias instituciones. Es tan claro este principio, que para ello sólo basta observar lo que acontece en la federación norteamericana, que sirviera de base a nuestra organización constitucional. Y en este aspecto, es notoriamente distinta la forma de designación y el tiempo de permanencia en los cargos judiciales federales y estatales, pues mientras en el primer caso los jueces son designados por el presidente con acuerdo del Senado y duran en sus cargos mientras tengan buena conducta, en la mayoría de los Estados es sabido que muchos jueces son designados por elección popular y con término limitado de dicho mandato. Y por cierto, nunca se ha declarado la inconstitucionalidad de dichas constituciones estatales. Es que además de ser una característica del federalismo, ello no afecta la división de poderes propia del sistema republicano.

Por ello, este caso “Iribarren” es para nosotros otro de los graves desaciertos de nuestra Corte, pues significó otra honda lesión a nuestro deprimido federalismo ⁴⁰.

En el caso “Banco del Suquía SA v. Juan Carlos Tomassini”, fallado el 19/3/2002, la Corte Suprema de Justicia, integrada por los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Vásquez y Bossert, sentenció la *inconstitucionalidad del art. 58 de la Constitución de la provincia de Córdoba, que había instituido la inembargabilidad de la vivienda única*, sobre la base del argumento de que se habían invadido materias reservadas al Congreso de la Nación por el art. 75, inc. 12 de la Ley Suprema federal, como las referidas a los derechos creditorios y al patrimonio común de los acreedores.

La cuestión había sido objetivo de arduo debate en los tribunales locales, donde el Tribunal Superior incluso había fallado de manera diversa, pues en el

⁴⁰ También manifestó su punto de vista contrario a este fallo, y por la misma razón, el distinguido profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Dr. Carlos Colautti, en su comentario a los dos fallos “Iribarren” y “Fayt”, titulado “Las reformas a la Constitución y los límites de la revisión judicial”, JA del 17/11/1999, supl. Especial del Seminario, nro. 6168, ps. 33/35. Allí expresó: “... Poco queda de las autonomías provinciales sino pueden siquiera establecer la edad en que se jubilarán los jueces y miembros del Ministerio Público”.

caso “Banco de Córdoba v. Grenni”, de 1996, había declarado la inconstitucionalidad de la norma, sobre la base del voto del Dr. Luis Moisset de Españés, que expresara la posición de la mayoría, con argumentación similar a la ya referida por la Corte; mientras que en el caso “Banco del Suquía SA v. Juan Carlos Tomassini”, de 1999, el más alto tribunal cordobés, que había cambiado su integración, por la incorporación del vocal Dr. Rubio y por mayoría declaró la constitucionalidad de la norma cuestionada.

Estos argumentos del Tribunal Superior, que luego serían desestimados por la Corte, fueron los siguientes: a) Los arts. 14 bis y los tratados internacionales de derechos humanos, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de los Derechos del Niño, consagran el derecho a una vivienda adecuada y, en consecuencia, la normativa local es una garantía anticipada a una también establecida por la Constitución Nacional. b) La ley nacional 14.394 consagra el bien de familia como institución de derecho privado, lo que es insuficiente para dar cumplimiento al plexo normativo precedentemente señalado. c) La tutela de la vivienda única pertenece al ámbito de la seguridad social y, por lo tanto, es ajena al derecho civil, correspondiendo su competencia a las provincias en razón del art. 125, 2ª parte, CN ⁴¹.

A nuestro juicio, estimamos que tampoco aquí se ha respetado adecuadamente el alcance de la autonomía provincial por parte de nuestro más alto tribunal federal. Como ya hemos manifestado, en ejercicio de sus poderes constituyentes, nuestras entidades federadas pueden ir más allá que el propio constituyente federal en el reconocimiento de derechos y garantías. Y esto ha ocurrido, como vimos en no pocas oportunidades. En este caso concreto, para mejor asegurar el derecho a la vivienda, se reconoció un nuevo derecho, el de la inembargabilidad de la vivienda única, que corresponde a todos los “habitantes” de la provincia, tengan o no familia. De tal manera que el art. 58 importó un válido ejercicio de la autonomía consagrada en el art. 5° de la Constitución Nacional, por lo que confiamos en que la jurisprudencia de la Corte Suprema pueda variar en el futuro a este respecto.

Tenemos esa impresión, ya que la nueva integración del más alto tribunal federal, con fecha 21/9/2004, en el caso “Zavalía, José Luis v. Provincia de Santiago del Estero y Estado nacional s/amparo”, declaró la *inconstitucionalidad de la ley 6667 dictada por el interventor federal de dicha provincia, que había dispuesto la convocatoria a elección de convencionales constituyentes para la reforma de la Constitución local*, en un fallo tendiente a garantizar la autonomía provincial.

⁴¹ Conf. BELISLE, José M., *La forma de Estado en la provincia de Córdoba. El art. 1° de la Constitución*, tesis doctoral inédita, ps. 364 y ss. Para un análisis de este debate, remitimos a la citada obra, donde se efectúa una consideración de los aspectos doctrinarios y jurisprudenciales.

Aquí la Corte, con el voto de los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco consideró que un interventor federal no puede ejercitar función preconstituyente, ya que ésta es competencia de los órganos locales.

Sin poder detenernos en el tema, adelantamos que en el consid. 25 se hace referencia al debate planteado en el Senado de la Nación, entre los senadores Gómez Diez y Fernández de Kirchner, pues el primero postuló la incorporación de dicha facultad en la ley declaratoria de la intervención federal y para asegurar el sistema republicano, mientras que la segunda, presidenta de la comisión, se opuso por considerarla violatoria de la autonomía provincial.

Respecto de la *competencia de los Tribunales Superiores o Cortes Supremas de Justicia provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* para revisar la constitucionalidad de las respectivas reformas constitucionales provinciales, en principio surgiría la misma objeción que hemos efectuado anteriormente al considerar lo acontecido en el orden federal, ya que se trataría de un poder constituido que revisa lo actuado por el poder constituyente. Sin embargo, *estimamos que los tribunales o cortes provinciales pueden ejercer dicho control de constitucionalidad, ya que están obligados a aplicar la Constitución de la Nación y, en consecuencia, pueden revisar la adecuación de los respectivos poderes constituyentes de órdenes inferiores al de primer grado*⁴². Es lo que ha ocurrido en diversos casos producidos, donde lo que se debatió fue si el constituyente provincial había invadido las atribuciones propias del gobierno federal, aunque también en otras oportunidades se revisó el procedimiento para las respectivas reformas.

Veamos al respecto sendas resoluciones dictadas por el *Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, con motivo de la última reforma constitucional de 2001*.

Con fecha 17/8/2001, en la sentencia 8, en los autos “García Eduardo Daniel José y otra s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, donde se plantea la inconstitucionalidad de la ley 8947 —declarativa de la necesidad de la reforma constitucional— y del decreto del Poder Ejecutivo provincial 1700 —de convocatoria a elección de legisladores provinciales—, el Tribunal Superior cordobés resolvió lo siguiente.

Respecto del *control de judicial de los actos preconstituyentes*, sostuvo:

⁴² Además, debe considerarse que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Strada”, en relación con el recurso extraordinario federal y sus requisitos, debe intervenir siempre el Tribunal Superior o Corte Suprema provincial, como última instancia local, lo que también obliga a que dichos tribunales efectúen la revisión de una reforma constitucional cuya constitucionalidad se cuestione. Asimismo, los Tribunales Superiores de Justicia de las provincias tienen también que ejercitar igual función al revisar la constitucionalidad de las cartas orgánicas municipales, que son verdaderas constituciones locales, resultado de un poder constituyente de grado inferior.

“La reforma constitucional es un proceso que se integra con la actuación sucesiva del Poder Legislativo, que declara la necesidad de la reforma y determina los puntos a reformar y del Poder Constituyente, ejercido por la Convención convocada al efecto, que decide la reforma, con relación a los puntos para los que ha sido convocada. El primero de esos actos (declaración de necesidad de la reforma y convocatoria a la Convención) tiene la forma de una ley y refina las condiciones que habilitan la competencia del Tribunal Superior de Justicia para juzgar su constitucionalidad (art. 165, inc. 1-a), Constitución provincial) (...) Calificada jurisprudencia enseña que ‘si como consecuencia de la actividad de la propia Convención Constituyente se provoca alguna cuestión jurídica vinculada con la Constitución actualmente vigente, con las leyes preconstituyentes o con la legislación general, no caben dudas que es el Poder Judicial el encargado de dirimir la cuestión y decidir en definitiva’ (Trib. Sup. Just. Río Negro, 30/12/1987, JA 1989-I-728). Si esto es así respecto de la Convención en funcionamiento, con más razón debe serlo con relación a la interpretación de las normas que regulan los poderes de la Convención aún no reunida”.

Respecto de las previsiones de la ley 8947, que fuera cuestionada por cuanto su articulado no sólo declaró la necesidad de reformar la Constitución provincial, fijó los puntos a reformar y convocó a elecciones para elegir la Convención Constituyente (art. 196, Constitución provincial) sino que además *definió parcialmente el contenido de los cambios a producir*, el Tribunal Superior expresó sobre este último punto que “resulta claro que la ley 8947 desborda las facultades que son propias de la Legislatura provincial, en cuanto ordena a la Convención que ‘sobre la base de un sistema electoral mixto que asegure la representación de los distintos departamentos, reemplace el actual Poder Legislativo por una sola Cámara de setenta miembros’ (art. 2º, inc. I). El sistema electoral, el número de legisladores y la existencia de una o dos Cámaras, son cuestiones para cuya resolución es competente la Convención Constituyente y la Legislatura no puede acotarle esa potestad. La Convención podrá instaurar un sistema bicameral o unicameral, de setenta u ochenta miembros. Podrá también no producir reforma alguna. Pero lo que no podrá, porque se lo impide la ley que la convoca, es producir una reforma que aumente el número de legisladores, la complejidad del procedimiento de sanción de las leyes y el costo de la actividad legisferante. Tal conclusión es, en definitiva, la que propugna el procurador del Tesoro cuando en su contestación de demanda afirma que la Convención Constituyente ‘tiene las competencias suficientes para admitir o rechazar la necesidad de la reforma y, en su caso, concretar la reforma constitucional sobre el tema habilitado de la manera que considere más conveniente (fs. 198) posición que en líneas generales es compartida por el fiscal general de la provincia”.

Y sobre el *dec. 1700 del Poder Ejecutivo provincial de convocatoria a elecciones de convencionales constituyentes*, el alto tribunal sostuvo su inconstitucionalidad porque:

“Una ley (no un decreto) puede modificar los plazos o procedimientos de convocatoria a elecciones de convencionales constituyentes, hacerlo. Así lo ha hecho el art. 7º de la

ley 8947, con relación a la elección de convencionales constituyentes del 2 de septiembre próximo. Pero lo que no puede una ley (mucho menos un decreto) es disponer para una misma fecha elecciones alternativas (decs. 1542/2001 y 1700/2001) con la consecuente confusión en el ciudadano y desconcierto de los partidos, imposibilitados de definir su estrategia para una elección cuyo objeto no se define con la necesaria anticipación. Mucho menos puede imponer una abreviación de plazos tal que torne de hecho imposible la formulación de alianzas y la designación de candidatos con ajuste a las cartas orgánicas de los partidos políticos e imposibilite el control judicial del proceso electoral, con respeto de las instancias de alegación y prueba mínimas que impone la garantía de defensa”.

Posteriormente, mediante auto 54, del 17/9/2001, en los autos “Sesma Laura J. y otro s/acción declarativa de inconstitucionalidad y su acumulado”, al resolver sobre la revisión judicial de una reforma constitucional, dijo:

“La jerarquía constitucional de las normas objetadas no obsta a esa conclusión, desde que toda reforma de la Ley Fundamental de la provincia puede ser declarada inconstitucional, si contraviene normas de superior jerarquía (Constitución Nacional o leyes nacionales, art. 31, CN), si desborda el objeto de la reforma, según la convocatoria dispuesta por la Legislatura provincial (art. 196, Constitución provincial), o si los textos reformados entran en pugna con disposiciones de la propia Constitución de la provincia, de aplicación prevalente. De lo expuesto se concluye que la Constitución de la provincia está, como todo el ordenamiento legal, sujeta al control de constitucionalidad del Poder Judicial”.

Y respecto del pedido de inconstitucionalidad de las normas transitorias sancionadas por la Convención sobre la *caducidad de los mandatos de los actuales legisladores*, por un lado, y la *convocatoria a elecciones y cronograma electoral* para el 14/10/2001, por el otro, el Tribunal Superior dijo sobre el primer aspecto:

“Pertencen a la zona de reserva político-discrecional, que sólo compete al Constituyente, las razones de oportunidad y conveniencia que fundamentan el inmediato acortamiento de los mandatos, por lo tanto el ejercicio de tales potestades queda excluido del control de los jueces quienes no pueden revisar ni sustituir dicha cuestión, más aún, reiteramos, cuando en el mismo texto normativo está prevista su eventual reparabilidad”.

Y en lo concerniente al cronograma electoral de la Convención, que fue el mismo que había fijado el dec. 1700 del Poder Ejecutivo, sentenció al rechazar el planteo de su inconstitucionalidad:

“En el subexamen, el nuevo cronograma dispuesto por una norma transitoria de la reforma constitucional es de carácter excepcional, fundado en justificadas razones de interés público como consecuencia ineludible de la caducidad de los mandatos de los actuales legisladores y de la necesidad de que el nuevo diseño reducido comience a efectivizarse a partir del 10 de diciembre

próximo, aprovechando la elección convocada en el orden nacional. Ello no implica una grave desvirtuación de los derechos o intereses legítimos de los partidos políticos, sino de meras restricciones o limitaciones temporales insertas en el nuevo orden constitucional y en un ámbito excepcional, cuya motivación no es otra que la disminución del gasto político a la mayor brevedad”.

Finalmente, mediante auto 59, del 9/10/2001, el Tribunal Superior de Justicia rechazó el recurso extraordinario interpuesto por los actores en contra del auto anterior, al argumentar que el control de una reforma constitucional provincial era una cuestión local, no federal, insusceptible de control por parte de la Corte Suprema de Justicia y que además, no existió arbitrariedad en su previa resolución ⁴³.

⁴³ Por razones de brevedad no efectuaremos un análisis detallado de esta jurisprudencia de Córdoba. Nos limitamos a insistir en nuestra argumentación del caso “Fayt”, ya que no compartimos una revisión judicial por parte del poder constituido sobre el poder constituyente del mismo grado. Si aceptamos dicho control es sólo porque los tribunales superiores deben aplicar la Constitución Nacional. También comprendemos que es distinto el control de un acto preconstituyente, ya que se trata de una ley de la Legislatura, lo que sí habilita el control de constitucionalidad. En cuanto a esto último, nos remitimos a HERNÁNDEZ, Antonio M. (h), *El caso “Fayt”...*, cit., donde hemos reclamado la fijación de estándares claros al respecto.

CAPÍTULO VI
LA PROVINCIA EN LA NACIÓN¹

por ARTURO HORACIO ITURREZ *

I. PODERES DE LAS PROVINCIAS; CONSERVADOS, CONCURRENTES
Y PROHIBIDOS

En este capítulo estudiaremos al Estado provincial inserto en el Estado nacional, a partir del análisis de los poderes que la Constitución Nacional ha conservado para el primero, como también los concurrentes y prohibidos. Como los poderes provinciales son la regla y los atribuidos al gobierno federal la excepción, según la tesis de Alberdi, es preciso tener presente los poderes delegados para saber cuáles son los conservados. O sea que el tema central lo constituye el reparto de competencias entre ambas esferas de gobierno que efectúa la Ley Fundamental de la Nación. Otro tema será las relaciones interprovinciales y, por último, las relaciones entre Nación y provincias respecto del sistema educativo y las facultades de las provincias en materia de tratados interprovinciales.

Antes de entrar al análisis de los poderes de las provincias que la Constitución Nacional ha conservado para aquéllas, debemos afirmar que, en principio, no hay subordinación del gobierno provincial al federal, salvo en cuanto este último representa por mandato constitucional el interés general de la Nación y cuyos preceptos lo constituyen los arts. 5°, 6° y 31. Tal afirmación se puede hacer por cuanto las provincias son autónomas con poderes propios, y no simples divisiones administrativas. Consideramos oportuno hacer esta afirmación, porque es común que algunos autores sostengan que existe subordinación. Así, Bidart Campos indica que la estructura constitucional argentina presenta tres rasgos fundamentales, a saber: a) de subordinación; b) de participación; c) de coordinación. En cuanto a la primera, se expresa en la supremacía federal, e indica el

¹ BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de derecho constitucional*, p. 120.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales otorgado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor adjunto, por concurso, de Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular, por concurso, del Departamento de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba.

citado autor que en nuestro sistema es formulado el principio de subordinación en los arts. 5° y 31. El de participación implica reconocer en alguna medida el derecho de las provincias a colaborar en la formación de las decisiones del gobierno federal, que se concreta en el Congreso Nacional, donde la Cámara de Senadores representa a las provincias. La relación de coordinación delimita las competencias propias del Estado federal y de las provincias. En esto concordamos con el citado autor, pero con la aclaración indicada respecto del primer aspecto. Ambas esferas de gobierno son independientes entre sí y con poderes inherentes, unos porque han sido conservados, los que ya tenían antes del pacto federal, y otros por delegación que hacen las provincias en la Constitución de 1853/1860. Ambas esferas de gobierno están subordinadas a la Ley Fundamental, que es suprema para todos, la cual establece en la parte orgánica la distribución de competencias a partir de un riguroso principio federal: el art. 121, como luego se verá.

Si bien la supremacía en algunas materias la asigna al gobierno federal, lo hace con el fin de asegurar la homogeneidad de las instituciones en lo atinente al interés general de todas las provincias, que es en definitiva el interés de toda la Nación. La primacía jerárquica del gobierno central es asegurar los fines de la Constitución, según Pedro J. Frías². Las provincias, en la medida en que en el ejercicio de su autonomía se ajusten a la Ley Fundamental, el gobierno federal en nada puede inmiscuirse, salvo la intervención federal cuando se dan las hipótesis revistas en el art. 6°. Esta institución tutelar es, a su vez, un derecho para las provincias que pueden reclamar al gobierno federal en virtud de la garantía prometida en el art. 5°. Para el gobierno federal es una potestad y un deber que le impone la Ley Fundamental para asegurar el regular funcionamiento de las instituciones de la República. Insistimos, si en la estructura federal hubiere subordinación lisa y llana de los gobiernos estaduais al gobierno federal, se desvirtuaría justamente el principio federativo y la autonomía sería letra muerta.

1. Poderes conservados

El art. 121, CN, expresa: "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". Aquí radica el nudo gordiano del federalismo argentino. "La fórmula del 121 —que como principio federal de reparto de competencias es muy clara, según Bidart Campos³— ha merecido la interpretación del derecho judicial a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema, en la que encontramos otros dos principios que la completan: a) Las provincias conservan, después de la adopción de la

² FRÍAS, Pedro J., *Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 24.

³ BIDART CAMPOS, Germán J., *...*

Constitución, todos los poderes que tenían antes y con la misma extensión, a menos de contener en la Constitución alguna disposición expresa que restrinja o prohíba su ejercicio. b) Los actos provinciales no pueden ser invalidados sino cuando: 1) la Constitución conceda al gobierno federal un poder exclusivo en términos expresos; 2) el ejercicio de idénticos poderes ha sido prohibido a las provincias; 3) haya incompatibilidad absoluta y directa en el ejercicio de los mismos por parte de las provincias".

Para entender más claramente el alcance o contenido de la fórmula del art. 121, no sólo habría que rastrear en la Constitución Nacional qué poderes son los conservados, sino, en primer lugar, ver qué poderes han sido delegados al gobierno federal. Así tendríamos: a) competencias exclusivas del gobierno federal: intervención federal; declaración del estado de sitio; relaciones internacionales; dictar los códigos de fondo o de derecho común, y las leyes federales o especiales, etc. En general, y como principio, la totalidad de las competencias asignadas a los órganos del gobierno federal, por la Constitución (arts. 75, 99 y 116), pueden considerarse exclusivas del Estado federal. Paralelamente a estas competencias exclusivas, hallamos en los arts. 126 y 127 las que están prohibidas a las provincias.

Por lo tanto, si pudiéramos hacer una resta de todo lo que idealmente es competencia de un Estado, sustrayendo los poderes delegados (y, por ello, exclusivos del gobierno federal) y los poderes prohibidos a los Estados particulares, todo el remanente serían los poderes conservados y los concurrentes. Éstos —los concurrentes— son los que simultáneamente pueden ejercerlos tanto el gobierno federal como el de provincia, siempre que su ejercicio no sea incompatible.

Aclara Bidart Campos que las competencias exclusivas del Estado federal no requieren estar taxativa ni expresamente establecidas en su favor en la Constitución, porque las hay implícitas. Éstas surgen de la conveniencia de ordenar con eficacia determinadas cuestiones que quedarían obstaculizadas si correspondieran a las provincias; o también son los medios necesarios para efectivizar los poderes concedidos expresamente. Dentro de estas competencias implícitas están los llamados "poderes implícitos del Congreso" y que se reconocen en el art. 76, inc. 32, CN.

Poderes conservados o exclusivos de las provincias serían, a título de ejemplo: dictar la Constitución provincial; establecer impuestos directos, dictar sus leyes procesales; asegurar su régimen municipal; la educación primaria; la organización y funcionamiento de la justicia ordinaria; establecer sistemas electorales, etc. Estos poderes se hallan latentes en la reserva del art. 121 y en la autonomía consagrada en el art. 122. "Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios de provincia sin intervención del gobierno federal".

El citado constitucionalista concluye que, como principio, las competencias exclusivas de las provincias se reputan prohibidas al Estado federal.



2. Poderes concurrentes

Son, como lo dijimos, tanto los que pueden ejercer el gobierno federal o el provincial, en la medida en que su ejercicio simultáneo no resulte incompatible. En tal caso, se ha entendido que prevalece la competencia federal por la supremacía que establece el art. 31, CN. Son poderes concurrentes: los impuestos indirectos internos y los que surgen del art. 107, concordado con el inc. 16 del art. 67.

En sentido general, se podría decir que tanto los poderes del gobierno federal como el de las provincias son concurrentes en la realización de los fines o propósitos declarados en el preámbulo de la Ley Suprema. Son consecuencia, tales facultades o competencias concurrentes, de la armonía del conjunto, de la unidad de fines y concordancia de propósitos que supone nuestro régimen de gobierno. Hay muchas materias, no sólo las enumeradas en el art. 125 en las cuales las acciones de ambas esferas de gobierno puedan concurrir, siempre que derive un beneficio positivo para la Nación en su conjunto.

3. Poderes prohibidos

Establecido en el art. 121 el principio general que asegura la efectividad de los poderes indefinidos que las provincias conservan, en el art. 127 la Constitución enumera taxativamente los poderes que están prohibidos. Esa enumeración es necesaria, porque se podría entender que la delegación de un poder cualquiera al gobierno federal no significa la prohibición correlativa de su ejercicio a las provincias, so pretexto de que éstas se hubiesen reservado una acción concurrente para ese caso. La Constitución ha querido imposibilitar tales dudas respecto de los poderes delegados, y en el citado artículo específicamente los prohíbe.

También la Ley Fundamental incluye poderes prohibidos tanto al gobierno federal como al provincial, y ambos a la vez. Así tendríamos: 1º) poderes prohibidos al Estado federal; arts. 12, 13 (*a contrario sensu*), 20 (2ª parte), 21 (2ª parte), 25 (2ª parte), 29, 32, y 109; 2º) poderes prohibidos en las provincias; arts. 7º y 8 (*a contrario sensu*), 29, 126 y 127; 3º) poderes prohibidos a ambos; arts. 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 28, 33 (y sus concs. 14 y 20).

Antes de finalizar este primer punto, diremos con González Calderón⁴ que la regla general para deslindar los poderes del Estado federal y de las provincias es el art. 121, que determina el criterio que debe guiar al intérprete para la clasificación de los poderes del gobierno. Dicho artículo significa que la Constitución es una concesión de poderes al gobierno federal y fija, a la vez, una regla general para deslindar lo que incumbe a la Nación de lo que corresponde a las provincias. Según el citado artículo, el gobierno de provincia es lo

común, lo ordinario, lo general, en tanto que el gobierno federal es lo extraordinario, la excepción.

Así pues, será necesario encontrar que la Constitución ha delegado expresa o implícitamente al gobierno federal algún poder, para decir que le corresponde. Todo lo que no está allí comprendido, específicamente o por implicancia, como perteneciéndole, es de las provincias; y al revés, será preciso probar que a éstas les ha sido expresamente prohibido el poder de que se trate para decir que no les corresponde: ellas conservan el poder que no ha sido conferido al gobierno federal.

Debemos reiterar que, no obstante la regla que antecede, si sobreviene un conflicto por coincidir ambas jurisdicciones sobre una materia dada, debe prevalecer la regla del art. 31, que establece la supremacía de la Constitución Nacional y de las leyes de la Nación que en su consecuencia dicte el Congreso. Por lo tanto, debemos entender que no cualquier ley de la Nación será prioritaria, sino aquella que sea sancionada dentro de la competencia que la Constitución ha otorgado al gobierno federal; de lo contrario, no prevalecerá.

4. Deslinde de competencias

Insistimos, este tema (reparto de competencias), propio de todo Estado federal, es quizá el más importante y problemático dentro del derecho público. Por ello, la jurisprudencia y la doctrina han fijado algunas pautas, además de la referida *supra*, sobre la extensión y límites de los poderes de provincia. El Dr. Arturo M. Bas indica como regla teórica a este respecto, "que entre las facultades de las provincias, se comprenden todas aquellas requeridas para la debida satisfacción de las necesidades exigidas por el gobierno civil de cada localidad, teniendo, como límites, las atribuciones inherentes al gobierno central, en orden a la dirección de las relaciones exteriores, y a satisfacer las exigencias generales de la Nación"⁵. El citado autor recuerda conceptos de Estrada cuando decía: "Las facultades del Estado, según el estatuto fundamental de la República Argentina, han sido repartidas entre la Nación y las provincias, pero las facultades que corresponden al gobierno nacional están categóricamente definidas en la Constitución.

"Todas las atribuciones pertenecientes o que puedan pertenecer al gobierno, que no estén definidas en la Constitución, todas aquellas cuyo ejercicio ha menester en cualquier ocasión, en virtud de ulteriores necesidades sociales no previstas por el pueblo y sus representantes, al tiempo de sancionar la ley fundamental de la República, pertenecen a las provincias, siempre que de ello no se siga perjuicio ni a la unidad nacional ni a la supremacía de la Constitución y leyes nacionales dictadas en su consecuencia". Agrega: "El poder general es

⁴ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Cursos de derecho constitucional*, p. 13.

⁵ BAS, ARTURO M., *El derecho federal argentino. Nación y provincia*, t. I, Abeledo, Buenos Aires, 1927, p. 71.

limitado, y se compone, en cierto modo, de excepciones. Sólo es de su incumbencia lo que está escrito en la Constitución; todo lo demás, es de las provincias”.

Aunque la realidad nos muestra que la fórmula indicada por aquellos esclarecidos maestros ha sido distorsionada por el avance del centralismo en detrimento del federalismo, no debe desanimar para reivindicar los poderes de las provincias mediante la enseñanza y praxis de las instituciones de la República.

En resumen, según la estructura constitucional, las provincias pueden hacer todo lo relativo al interés local. En principio, les asiste una presunción *iuris tantum* de que tal o cual poder les pertenece, y es necesario dar razones para probar qué no le compete, porque excede el interés local para comprometer igual interés de otras provincias, que son en definitiva el de la Nación toda. Por lo tanto, habrá que repasar en la Constitución Nacional los poderes delegados al gobierno federal (los expresos y los implícitos), enumerados en los arts. 75, 99, 116, y 117, para sólo entonces hacer funcionar la prohibición del art. 126. No estando comprendido en esas normas, habrá que concluir que el tema es de incumbencia de la provincia o, por lo menos, concurrente con el gobierno federal.

II. EL PODER DE POLICÍA

Consecuente con los principios relacionados precedentemente se ha dicho que el poder de policía, o sea, la potestad del Estado de reglamentar los derechos del individuo para posibilitar y asegurar la normal convivencia en una sociedad, pertenece por regla al Estado provincial. Tal afirmación es relativa y tiene innumerables excepciones, como se verá. Esta facultad reglamentaria está estrechamente vinculada a la distribución de competencias entre ambas esferas de gobierno, y pertenecerá al gobierno de provincia todo lo vinculado con los poderes conservados y al federal respecto de los delegados. O sea que el poder de policía corresponde a una u otra esfera de gobierno, pues la facultad para reglamentar un derecho será de la autoridad a la cual la Constitución o la ley atribuye la competencia. Se puede decir que el poder de policía, por ser esencialmente facultad reglamentaria, es correlativo o, más que ello, inherente a la esfera de gobierno a la cual le sea otorgada la competencia sobre la materia de que se trate.

Es sabido que en todo Estado la libertad y la propiedad individuales, sobre las cuales opera el poder de policía, están limitadas en beneficio de la comunidad. El fundamento se encuentra en el art. 14, CN, el cual, al enumerar los derechos de que gozan todos los habitantes de la Nación, agrega: “...conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. Esta facultad reglamentaria no es absoluta, como tampoco lo son los derechos a limitar, pues la Ley Fundamental contiene dos restricciones a esta facultad: a) la del art. 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”; y b) la del art. 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la

moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Dentro de estos límites funciona el poder de policía, el cual, como regulador de los derechos individuales, es ejercido dentro de sus respectivas atribuciones por la Nación, las provincias y los municipios.

Esta función para reglamentar los derechos del individuo y, por lo tanto, de limitarlos, se ha ido ampliando en la medida en que el Estado también ampliaba su campo de acción. Así, en la doctrina clásica europea, el poder de policía se limitaba a la protección de la seguridad, salubridad y moralidad públicas. Luego, en el Estado intervencionista, cuya esfera de competencia aumenta, se amplía aquel concepto, que abarca genéricamente al campo económico-social, con la denominada policía de la prosperidad, que apunta a promover el bienestar de la sociedad. Este concepto extensivo tiene acogida en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica a partir de 1877, el cual fue aceptado por la Corte Suprema de nuestro país a partir de 1921, cuando tuvo que resolver el cuestionamiento constitucional de las llamadas leyes de emergencia sobre locaciones, y más tarde por la moratoria hipotecaria. La Corte Suprema aceptó estas normas que tendían a proteger los intereses económicos de los usuarios, haciéndolo en forma cuidadosa, porque podrían contrariar los principios de libertad económica profesados por la Constitución Nacional. Se dijo que “en principio la determinación del precio es una facultad privativa del propietario, un atributo del derecho de usar y disponer de sus bienes. Empero, existen circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objeto de interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del Estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad” (Fallos 111:5; 136:161; 195:108, entre otros).

Este concepto ampliado del poder de policía se ha afianzado con el correr del tiempo, y hoy se acepta con cierta reserva la facultad del Estado de intervenir en el campo económico-social en la regulación del mercado, lo que no ha dado resultado, más cuando el propio Estado se convierte en empresario. La experiencia es poco alentadora.

Ahora bien, esta facultad reglamentaria del poder público, en sus tres esferas, es un poderoso instrumento de gobierno, pues toda reglamentación implica limitación de los derechos, por lo que debe ser razonable. La razonabilidad se expresa en la justificación, adecuación, proporcionalidad del medio empleado al fin buscado en la reglamentación de los derechos, de manera tal que no lo menoscaben. El criterio de razonabilidad, tanto en la reglamentación como en la ejecución de las decisiones, supone que el acto se funda en las enseñanzas de la ciencia o técnica. Lo que contradice los principios científicos o técnicos es jurídicamente irrazonable.

El poder de policía no es solamente reglamentación de los derechos individuales, sino además la vigilancia de su cumplimiento (prevención), también la ejecución coactiva de las decisiones y aplicación de sanciones (policía repre-

Como conclusión del tema, que volverá a ser objeto de estudio más amplio en otra parte del curso (derecho municipal), podemos definir al poder de policía como "la potestad jurídica en virtud de la cual el Estado, con el fin de asegurar la libertad, la convivencia armónica, la seguridad, la moralidad, la salud y el bienestar general de la población, impone por medio de la ley limitaciones razonables al ejercicio de los derechos individuales a lo que no puede alterar". Su fundamento es constitucional (art. 14), y contiene a su vez un límite a la facultad reglamentaria (arts. 19 y 28). Es ejercido en sus respectivas jurisdicciones por el poder público (Nación, provincias y municipios) en la medida de su competencia.

Aclaramos que no toda limitación a los derechos individuales es poder o función policial, sino aquella que se vincula con la actividad administrativa del Estado o municipio y entes descentralizados. El ámbito de la libertad puede ser restringido, según la Constitución, por limitaciones vinculadas, a título de ejemplo, con la potestad impositiva, punitiva (Código Penal), servicios personales, etc.

III. RELACIONES INTERPROVINCIALES

Hasta aquí hemos estudiado los criterios a tener en cuenta para el reparto de competencias entre el gobierno federal y el Estado provincial. Debemos ahora ocuparnos de las relaciones entre los Estados autónomos, los cuales, como tales, tienen capacidad institucional, y como consecuencia de ella generan necesarias relaciones entre estos Centros de autoridad, sobre múltiples materias.

Examinaremos las relaciones de las provincias entre sí, ya que las materias que pudieren interesar a todas ellas en su conjunto es competencia, dijimos, del gobierno federal.

1. Actos públicos y procedimientos judiciales

La disposición del art. 7º, CN, establece una regla de derecho federal importante cuando dice: "Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán".

Esta regla tiene como fin, aparte del afianzamiento del vínculo federal, asegurar la estabilidad de los derechos privados, que sufrirían grandemente y quedarían sin garantía si cada provincia o autoridad federal pudieren desconocer la validez y eficacia de actos que aquéllos han realizado dentro de su jurisdicción y conforme a las normas vigentes en cada una.

El Congreso Nacional fijó, por primera vez, en la ley 44, de 1863, las condiciones de autenticidad que deben cumplir los actos públicos de provincia para

ser reconocidos en las demás. Así, el art. 4º establece: "Los actos públicos, procedimientos, sentencias y demás documentos de que se habla en los artículos anteriores, autenticados en la forma que en ellos se determina, merecerán tal fe y crédito y surtirán tales efectos ante los tribunales y autoridades dentro del territorio de la Nación, como por uso y ley les corresponde ante los tribunales y autoridades de la provincia de donde proceden".

En síntesis, los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia, dictados por una autoridad competente dentro de su jurisdicción, tienen en cualquier punto del país y ante cualquier autoridad, la misma eficacia que merecerían en la provincia donde se realizaron; y hallándose autenticados, no pueden ser objeto de nulidad, cuya declaración debe ser previamente requerida ante las autoridades de la provincia donde se produjeron.

La autenticación que establece la ley vigente la realiza el Tribunal Superior o Corte de Justicia de cada provincia.

2. Extradición

Es doctrina generalizada que la extradición debe siempre concederse respecto de ciertas clases de delitos y previo el cumplimiento de formalidades establecidas al efecto, aun entre Estados soberanos. Con mucha más razón debe darse en el orden interprovincial; no se podría dejar al arbitrio de una provincia el conceder o no la extradición, ni tampoco prefijar la naturaleza de los hechos delictuosos.

El art. 8º, CN, adoptó el único principio concordante con nuestro sistema, al decir que "la extradición de los criminales es obligación recíproca entre todas las provincias".

Ahora bien, dentro del principio imperativo, en cuya virtud las provincias deben siempre conceder la extradición de los criminales, pueden ellas, por tratados parciales, reglamentar los términos de los trámites necesarios, teniendo en cuenta modalidades particulares de cada una, en atención a la diversidad de la organización judicial o en sus leyes procesales.

3. Tratados

El art. 125, 1ª parte, CN, determina: "Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso federal".

El art. 126 les prohíbe celebrar tratados parciales de carácter político, no sólo porque ello atentaría en contra de la soberanía que radica en el pueblo de la Nación, sino porque tales tratados exceden el contenido de la autonomía que se reservan.

Diversa es la materia o asuntos sobre los cuales pueden versar tratados interprovinciales: policía de seguridad en parajes limítrofes, administración de

justicia, intereses económicos (p. ej., aprovechamiento de ríos interprovinciales, caso del río Dulce o Salado entre Córdoba y Santiago del Estero), extradición de criminales, etc.

En la actualidad hay muchos tratados interprovinciales, particularmente los referidos a intereses económicos. Lamentablemente, no existe un registro de estos tratados, que debería ser llevado por el Ministerio del Interior.

4. Conflictos

También como consecuencia de que las provincias son autónomas, y no soberanas, y para cumplir los fines enunciados en el Preámbulo de “constituir la unión nacional” y “consolidar la paz interior”, existe la prohibición del art. 127, que establece: “Ninguna provincia puede declarar ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella.

”Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley”.

Por ello, era perentorio una autoridad común llamada a solucionar los conflictos que pudieran suscitarse entre ellas.

5. Cuestiones de límites

Es atribución del Congreso Nacional “arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación y fijar los de las provincias” (art. 67, inc. 14, CN).

Conviene aclarar que la atribución del Congreso no es discrecional —como lo apunta Arturo M. Bas—, en el sentido de que pudiera a su antojo determinar límites a cada una de las provincias, prescindiendo de los derechos que a éstas pertenecieran por título o ejercicio jurisdiccional a la época de nuestra organización política. La propia Constitución tiene normas que aseguran la integridad territorial (arts. 3° y 13, CN).

Así lo entendió el Congreso en 1862. La ley respectiva establecía en su art. 1°: “Todos los territorios existentes *fuera de los límites o posesión de las provincias*, son nacionales, aunque hubiesen sido enajenados por los gobiernos provinciales, desde el 1/5/1853”. El art. 3° expresaba: “Que el Poder Ejecutivo nacional pedirá a la mayor brevedad a los gobiernos provinciales, los conocimientos necesarios para fijar los límites de sus respectivas provincias, con arreglo al inc. 14 ya citado”.

Igual tesis sostuvo el gobierno nacional en los distintos problemas relacionados con los límites. Incluso los gobiernos *de facto* respetaron este criterio; así, durante el gobierno de la Revolución Argentina (1966-1973) funcionó una comisión permanente de límites, la cual debía resolver los conflictos o intervenir en los acuerdos a que arribasen las provincias sobre límites interprovinciales. En todos los casos se debía escuchar a las partes interesadas. (56)

Todavía subsisten conflictos de límites entre varias provincias.

Conviene aclarar que los conflictos que pudieran suscitarse entre las provincias, por carencia o desconocimiento del límite territorial, deben ser dirimidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 127, CN). No confundir esta atribución de índole judicial con la de carácter político del Congreso, el cual debe fijar los límites conforme al inc. 15 del art. 75.

La Corte Suprema (Fallos 114:425; 133:372; 98:107) ha dicho: “La facultad conferida al Congreso en el art. 67, inc. 14, CN, de fijar los límites de las provincias, no excluye la jurisdicción de la Corte Suprema en los casos de los arts. 100, 101 y 109 de la misma, para entender en cuestiones suscitadas entre provincias sobre la tierra que pretenden poseer o que se encuentre dentro de sus respectivos límites, siempre que la resolución que haya de dictarse no implique forzosamente la determinación de los límites referidos o la modificación de los ya determinados por el Congreso”.

CAPÍTULO VII
DOMINIO Y JURISDICCIÓN DEL GOBIERNO FEDERAL,
DE LAS PROVINCIAS Y DE LOS MUNICIPIOS

por GUILLERMO E. BARRERA BUTELER *

I. DOMINIO Y JURISDICCIÓN

Para entrar a analizar las diversas cuestiones que se plantean en un Estado federal en relación con el dominio y la jurisdicción sobre ciertos bienes, es imprescindible precisar algunos conceptos.

1. El dominio del Estado

Si partimos de la definición que nos brinda el art. 2506, CCiv., según la cual el dominio “es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona”, lo primero que debemos tener en cuenta es que el Estado, en su condición de persona jurídica, puede ser titular del derecho de dominio sobre determinados bienes, de manera tal que encontraremos que hay bienes cuyo dueño es el Estado, entendido en sentido amplio, esto es comprensivo del Estado propiamente dicho y otras personas jurídicas estatales (entidades autárquicas, empresas del Estado, etc.), y hay otros cuyos dueños son personas físicas o jurídicas privadas.

Ahora bien, en ejercicio de la atribución que le confirió el art. 75, inc. 12, CN, al encomendarle el dictado del Código Civil, el Congreso de la Nación ha establecido un régimen especial para el dominio que ejerce el Estado sobre determinados bienes que se encuentran *librados al uso público*, que se denomina “dominio público”, diferenciado del que ejerce sobre la generalidad de los bienes que integran su patrimonio, que se denomina “dominio privado”. Es decir, en general el derecho de dominio es idéntico en su contenido, sea su titular el Estado o un particular, pero cuando el bien sobre el cual el Estado ejerce el dominio se encuentra librado al uso público (p. ej.: un río, un camino, una plaza, etc.), decimos que éste integra el dominio público del Estado y, por lo tanto, se encuentra sometido a un régimen especial que se caracteriza porque dicho bien

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular, por concurso, en la Cátedra B de Derecho Público Provincial y Municipal de la misma Facultad.

queda fuera del comercio y es, en consecuencia, *inalienable, inembargable e imprescriptible*; es decir que mientras conserve su condición de bien librado al uso público, no puede ser transferido a terceros, ni éstos pueden embargarlo y ejecutarlo para hacer efectivos sus créditos, ni pueden adquirir su dominio ni otro derecho real sobre él por la prescripción adquisitiva.

La incorporación de un bien al régimen del dominio público del Estado requiere de una decisión de parte de éste de librarlo al uso público, decisión esta que recibe el nombre de "afectación al dominio público".

Para algunos bienes, el acto de afectación está en la misma ley de fondo y, por lo tanto, no pueden ser desafectados de ese régimen sino por otra ley del Congreso Nacional. Así ocurre en el art. 2340, CCiv., que afecta a este régimen a:

- El mar territorial, los mares interiores y las playas (incs. 1º, 2º y 4º).
- Los ríos y sus cauces y riberas, los lagos y sus lechos y toda otra agua que tenga o adquiera aptitud de satisfacer usos de interés general (incs. 3º, 4º y 5º).
- Las islas cuando no pertenezcan a particulares (inc. 6º).
- Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico (inc. 9º).
- Los documentos oficiales de los poderes del Estado (inc. 8º).

En otros casos, como los previstos en el inc. 7º del citado art. 2340, que se refiere a las calles, plazas, caminos, canales, puentes y otras obras públicas de utilidad o comodidad común, su afectación depende de un acto administrativo posterior que le asigne a un determinado inmueble el carácter de tal. Es decir, el terreno donde hay una plaza, una calle o un parque no es público por su naturaleza, sino por el destino de plaza, calle o parque que la autoridad legítima ha decidido darle en determinado momento. Pero así como el Estado le puede dar ese destino, luego se lo puede quitar, por ejemplo porque el camino ya no es necesario porque se ha construido otro más corto o más seguro. En estos casos se produce la "desafectación" del bien del régimen del dominio público y, por lo tanto, éste podrá ser enajenado, embargado por los acreedores del Estado o ser objeto de prescripción adquisitiva por parte de un particular ¹.

2. La jurisdicción

Cuando hablamos de jurisdicción, por el contrario, no estamos haciendo referencia a un derecho real del Estado sobre una cosa determinada, sino al ejercicio de todas las atribuciones que son inherentes al poder público en relación

¹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto que "La propiedad pública del Estado nacional, provincias o municipalidades, en el caso del art. 2344, CCiv., sobre los inmuebles que forman el objeto de ella y a que se refiere el art. 2340, inc. 7º, Código citado, termina por la desafectación de la misma producida por una declaración o por un acto en cuya virtud aparezca indudable que la cosa ha dejado de servir a un fin de uso público al cual hasta ese momento se encontraba destinada; y tal desafectación produce el efecto de cambiar la condición jurídica del bien, que a partir de ella se torna enajenable, embargable y regido por el derecho civil" (Fallos 146:288).

con las personas y las cosas que se encuentran dentro de su territorio, con independencia de quién sea su dueño. Es decir, por ejemplo, el sometimiento de ellas a las leyes del Estado, a sus tribunales y a su poder de policía. Así, el Estado puede o no ser dueño de un determinado inmueble, pero en cualquier caso estará facultado, entre otras cosas, para imponer restricciones al ejercicio del derecho de dominio sobre él, regular los usos que se le pueden dar, fijar requisitos para la edificación y juzgar los conflictos que se susciten en relación con ese bien.

Por esa razón enseña Pedro J. Frías que "el dominio se ejerce sobre las cosas; la jurisdicción sobre las relaciones" ².

El dominio del Estado supone un título en virtud del cual éste, como persona jurídica, ha incorporado un bien a su patrimonio y, por lo tanto, goza de los derechos de usarlo, apropiarse de sus frutos y disponer de él. La jurisdicción, por el contrario, nace de la asignación de atribuciones que la Constitución hace al Estado, en sus distintos niveles, para regular las relaciones jurídicas que nacen en relación con el bien.

3. El dominio y la jurisdicción en los Estados federales

En un Estado federal de base municipal, como es el caso de la República Argentina (arts. 1º, 5º, 123, 129 y concs., CN), la cuestión resulta algo más compleja, porque tanto el gobierno federal, como las provincias y los municipios, y también la Ciudad de Buenos Aires a partir de la reforma de 1994, tienen reconocido el carácter de personas jurídicas (art. 33, inc. 1º, CCiv.) y pueden, por lo tanto, ser titulares de dominio sobre los bienes, tanto en el régimen del dominio privado, como en el del dominio público (art. 2339, CCiv.). Es más, dicha norma aclara que los bienes del dominio público que enumera el art. 2340 pertenecen al gobierno federal o a los Estados provinciales, "según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional", con lo que el legislador ordinario reconoce que, aun cuando a él le compete determinar cuáles son los bienes del dominio público, cuáles los del dominio privado y el régimen jurídico de ambos, no es él quien determina qué bienes, sean del dominio público o privado, pertenecen a la Nación y cuáles a las provincias, sino que tal determinación surge de la Constitución Nacional.

Por otra parte, dado que el poder de *imperium* del Estado se encuentra repartido entre los distintos niveles de gobierno arriba mencionados, cada uno de ellos ejerce su jurisdicción sobre las relaciones jurídicas que se refieren a materias respecto de las cuales la Constitución Nacional le ha asignado atribuciones (arts. 121, 123, 129 y concs., CN) y, en principio, resulta indiferente quién es el titular de dominio de los bienes involucrados en tales relaciones jurídicas. De ahí que es habitual que se presenten casos en los que la titularidad del do-

² FRÍAS, Pedro J., *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 323.

minio sobre un bien pertenece a un nivel de gobierno, pero la jurisdicción sobre determinadas relaciones jurídicas que nacen con relación al mismo bien pertenece a otro nivel de gobierno.

Así, por ejemplo, si el gobierno federal adquiere por cualquier título un inmueble ubicado dentro de una ciudad en una provincia, y ese bien no es librado al uso público, ni destinado a ninguna finalidad estatal específica, como podría ser el funcionamiento de una repartición pública federal, un establecimiento militar, una ruta nacional o la prestación de un servicio público federal, ese inmueble va a pertenecer al dominio del gobierno federal (bajo el régimen de dominio privado del Estado), pero se encontrará sometido a la jurisdicción del Estado provincial y del municipio respectivo en las materias que forman parte de los poderes conservados por el primero y según la distribución de competencias que haya efectuado la Constitución local entre la provincia y el municipio, por ejemplo el ejercicio del poder de policía en materia de higiene, seguridad pública o moralidad o el poder de establecer impuestos y contribuciones. Enseguida analizaremos la problemática que se plantea cuando el bien adquirido por el gobierno federal en territorio provincial está destinado a cumplir finalidades públicas de carácter federal.

De la misma manera, el dominio de las provincias o municipios no excluye que el gobierno federal ejerza su jurisdicción sobre determinadas relaciones jurídicas vinculadas a ese bien, cuando su regulación queda comprendida entre los poderes que le han sido delegados a éste. Así, por ejemplo, la propiedad que tiene una provincia sobre un río navegable que atraviesa su territorio, no excluye la jurisdicción federal sobre todo lo referente a la navegación y comercio internacional e interprovincial que se efectúe en ese río, porque ésa es una atribución delegada en el gobierno central por el art. 75, inc. 13, CN.

Es decir que el gobierno federal puede ejercer jurisdicción sobre bienes de dominio provincial, en las materias en que la Constitución Nacional le ha delegado atribuciones y, a la vez, las provincias y aun los municipios pueden ejercer su jurisdicción sobre bienes del dominio de la Nación, en las materias que forman parte de los poderes conservados (art. 121, CN).

Por esa razón la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "La jurisdicción es distinta e independiente del dominio"³, como así también que "dominio y jurisdicción no son conceptos equivalentes ni correlativos, pues bien pueden existir uno sin la otra y viceversa"⁴.

De la ya citada afirmación de Frías, cuando nos dice que "el dominio se ejerce sobre las cosas; la jurisdicción sobre las relaciones", podemos derivar entonces otro carácter diferenciador de ambos conceptos y es que, a diferencia de lo que ocurre con el dominio, la jurisdicción puede ser concurrente y así sucede en la generalidad de los casos en los que aparece disociada del dominio.

³ Corte Sup., Fallos 111:179 y 197.

⁴ Corte Sup., Fallos 154:312.

En efecto, la titularidad del dominio sobre un bien por parte de un nivel de gobierno excluye por completo la posibilidad de que concurren sobre el mismo bien derechos de igual o similar naturaleza de otro nivel de gobierno, porque el dominio es *exclusivo* (art. 2508, CCiv.); sin embargo, la jurisdicción de un nivel de gobierno sobre determinadas relaciones jurídicas vinculadas con un bien, no excluye la de otros niveles de gobierno sobre otras relaciones jurídicas vinculadas al mismo bien.

4. "Vaciamiento" del dominio provincial

El proceso de *desfederalización* o crisis del federalismo a que hemos aludido, ha venido produciendo un progresivo "vaciamiento" de contenido del dominio provincial mediante la asunción indebida o, al menos, innecesaria por parte del gobierno federal de una jurisdicción excluyente sobre determinadas materias relativas a bienes del dominio de las provincias.

Como enseña el maestro Frías, "el dominio lleva necesariamente a la jurisdicción si nada la limita o la excluye; la jurisdicción no lleva necesariamente al dominio, pero en última instancia tiene más cuota de poder la jurisdicción que el dominio y éste puede terminar por ser vaciado"⁵.

Lo dicho es trascendente porque, como hemos visto, "hay casos en que, independientemente del dominio y de su disciplina jurídica, económica y política, nacen interrelaciones o funciones que requieren otra competencia. Más que multiplicarse las cosas, hoy se multiplican las relaciones que se descubren o establecen entre las cosas, y éstas son las que reclaman una disciplina innovadora, un nuevo comportamiento donde nociones como 'escala', 'coordinación', 'planificación global', etc., no se sujetan a la órbita del dominio originario. Este fenómeno de aceleración de las interrelaciones, sumado al de especialización y planeamiento, provoca la creciente disociación del dominio y la jurisdicción. Y correlativamente, por razones de innovación, de escala y de centralización virtual, este proceso se cumple a pesar del dominio provincial y a favor de la jurisdicción nacional"⁶.

El progresivo vaciamiento de contenido del dominio de las provincias sobre bienes que les pertenecen, es una de las manifestaciones de la crisis de subsidiariedad de la relación federal argentina, porque implica que la comunidad mayor (la Nación), asume competencias que podrían ejercer las comunidades menores (provincias), sin daño para el bien común general.

Es verdad que las profundas transformaciones ocurridas a nivel mundial, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, ponen a prueba el principio de subsidiariedad federal, porque, ante el fenómeno de la globalización y la

⁵ FRÍAS, Pedro J. y otros, *Derecho público provincial*, cit., p. 323.

⁶ FRÍAS, Pedro J., *El federalismo argentino. Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 170.

creciente interdependencia, surge la necesidad de eficacia estatal y la unidad de decisión que produce la centralización facilita ese resultado. También es cierto que en el nuevo contexto, la lógica del antiguo esquema de deslinde de poderes del Estado federal, según la cual las decisiones que afectan únicamente a los estados miembros deben ser tomadas por éstos y las que de alguna manera afectan al conjunto deben ser tomadas por la autoridad central, conduce a un progresivo vaciamiento del ámbito de competencias locales, porque cada vez son menos las decisiones del Estado cuyos efectos no se expanden fuera de los límites de su territorio. Pero la respuesta federal a los requerimientos del nuevo contexto debe buscarse a través de los nuevos instrumentos que ofrece el federalismo de concertación, porque la unidad y eficacia de las políticas estatales no sólo puede lograrse centralizando las decisiones y despojando de competencia a los gobiernos locales, sino también mediante la coordinación entre los distintos sujetos federales por vía de acuerdos y organismos interjurisdiccionales. El primer camino aparece más simple, pero importa traicionar el legado histórico federal, porque conduce a su debilitamiento y progresiva desaparición. El segundo es más complejo, porque el federalismo, como modo de convivencia, es más humano, pero también más complejo.

5. El nuevo marco normativo constitucional después de la reforma de 1994

La reforma constitucional de 1994 introdujo dos modificaciones que sin lugar a dudas ponen un freno normativo a ese progresivo vaciamiento del dominio provincial y la tendencia a su desapoderamiento que denunciaba Frías y que se había afirmado en sucesivas leyes del Congreso y fallos de la Corte Suprema de Justicia que nunca fueron acordes con el espíritu de la Constitución Nacional, pero hoy quedan en franca oposición a su texto explícito, por lo que no puede menos que compartirse la opinión de Hernández, cuando afirma que estas disposiciones constituyen “una contundente expresión del fortalecimiento del federalismo argentino, que fue una de las grandes ideas fuerza de la reforma”⁷.

Por un lado se trata del párrafo final agregado al art. 124, CN, que reconoce a las provincias el “dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

Debemos admitir que puede generar dificultades determinar cuál es el contenido y alcance que la Constitución quiso darle al “dominio originario” de las provincias sobre los recursos naturales que, siendo susceptibles de propiedad privada, han sido adquiridos por particulares (bosques, tierras de cultivo, ganados, etc.); pero, en lo que nos interesa en este punto, esto es en cuanto a los

⁷ HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 114.

bienes que pertenecen al Estado por ser del dominio público (art. 2340, CCiv.) o porque la ley los asigna al dominio privado del Estado o porque no han sido apropiados por particulares (arts. 2342 y 2343, CCiv.), está fuera de toda duda que el titular del dominio es el Estado provincial, es decir que estos bienes integran el patrimonio de la provincia y, por lo tanto, se encuentran amparados por la garantía de inviolabilidad del derecho de propiedad (art. 17, CN), por lo que, si “ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley”, tampoco puede serlo una provincia.

El constituyente no ha inventado aquí nada nuevo; en realidad no ha hecho otra cosa que explicitar contenidos que la recta doctrina ya consideraba implícitos en el texto histórico de la Constitución Nacional y que hacen a la esencia de nuestro federalismo, pero que, precisamente por no estar explícitos, daban lugar a interpretaciones erróneas inspiradas en criterios centralizadores que se expresan en leyes inconstitucionales e incluso fueron en su momento asumidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por otra parte, el nuevo texto del inc. 30 del art. 75 que, reemplazando al viejo inc. 27 del art. 67 que asignaba al Congreso Nacional facultades de “legislación exclusiva” sobre los establecimientos de utilidad nacional en territorio provincial, dispone ahora en forma expresa que las autoridades provinciales y municipales conservan sus atribuciones en esos establecimientos, “en tanto no interfirieran en el cumplimiento” de los fines específicos de tales establecimientos.

Es necesario destacar el avance que significan las referidas modificaciones al texto constitucional, pero también es importante señalar que ese avance en la dimensión normativa no es suficiente por sí mismo para tener por superada la falencia de nuestro federalismo. Por un lado, porque sabemos que las normas de la Constitución pueden quedar en los hechos privadas de eficacia si la legislación inferior no cumple el mandato de constituyente, adecuándose plenamente a aquéllas y estableciendo los mecanismos necesarios para su efectiva vigencia. Por otro lado, si consideramos al federalismo como fenómeno jurídico integral, éste está conformado por múltiples dimensiones, además de la normativa (dimensión antropológica, sociológica, cultural y de los principios ético-jurídicos). Sólo cuando los principios constitucionales ahora explícitos hayan impregnado la legislación inferior y estén plenamente incorporados a la cultura y a los comportamientos sociales y políticos podremos considerar que la cuestión ha quedado resuelta.

Al analizar en particular las diversas situaciones de disociación de dominio y jurisdicción que han sido escogidas para desarrollar aquí, vamos a profundizar sobre la trascendencia de estas modificaciones en cada punto. Nos ocuparemos primero de algunos casos en los que el gobierno federal ejerce jurisdicción con relación a bienes del dominio de la provincia (ríos, mar adyacente, yacimientos de hidrocarburos), para luego tratar el supuesto inverso, esto es, cuando las provincias y municipios ejercen su jurisdicción con relación a bienes del dominio de la Nación.

II. JURISDICCIÓN FEDERAL SOBRE BIENES DE DOMINIO PROVINCIAL

1. Los ríos

Es una verdad evidente por sí misma, indiscutible y que no requiere de otra demostración que esa evidencia, que un río que atraviesa el territorio de una provincia es parte inescindible de ese territorio y, en consecuencia, pertenece a su dominio. En efecto, si los arts. 2339 y 2340, CCiv., declaran que los ríos, sus cauces y riberas pertenecen al dominio público de la Nación o de los "estados particulares de que ella se compone, según la distribución de poderes hecha por la Constitución Nacional", y si, a la vez, tenemos en cuenta que los arts. 3° y 13, CN, garantizan la integridad del territorio de las provincias, no podemos menos que concluir que todo río que atraviesa el territorio provincial pertenece al dominio público de esa provincia.

Pese a ello, la cuestión generó un arduo debate parlamentario en el Senado de la Nación en septiembre de 1869 a raíz del contrato para la construcción del Puerto Madero en la Ciudad de Buenos Aires⁸, entonces capital de la provincia de ese nombre. Vélez Sarsfield sostenía que no era totalmente aplicable en nuestro país la doctrina norteamericana que sostiene que los ríos pertenecen al dominio de los estados particulares, porque decía que los ríos pertenecen a la Nación cuando son navegables en virtud del art. 26, CN; ya que la Nación ha preexistido a las provincias.

El fundamento del codificador, que fue seguido por numerosos autores, no responde a la verdad histórica, que se refleja principalmente en el Preámbulo y en el art. 121, CN⁹, y su postura fue duramente rebatida por Mitre, quien sostuvo acertadamente que todos los ríos pertenecen exclusivamente a las provincias y lo único que éstas delegaron a la Nación fue el ejercicio de la jurisdicción en materia de navegación internacional e interprovincial, posición esta que fue luego confirmada por jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁰.

Por otra parte, el ya citado párrafo final que se agregó en 1994 al art. 124, CN, en tanto reconoce el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales existentes en su territorio, despeja cualquier posibilidad de duda al respecto. Todos los ríos pertenecen al dominio público de la provincia cuyo territorio atraviesan.

Cuando el río nace y muere íntegramente en el territorio de una misma provincia, la cuestión no ofrece dificultad alguna. Ahora bien, cuando se trata

⁸ *Diario de Sesiones del Honorable Senado, año 1869*, ps. 812 y 813, cit. por MARIENHOFF, Miguel S., *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Abeledo, Buenos Aires, 1939, ps. 385 y ss.

⁹ Puede ampliarse el punto sobre la preexistencia de las provincias o de la Nación en BARRERA BUTELER, Guillermo, *Provincias y Nación*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, cap. 3, punto 3: "La Nación preexistente: ¿límite o realidad?", ps. 138 y ss.

¹⁰ Corte Sup., Fallos 111:190 a 193 y 251:65, 254:217 entre otros.

de ríos interprovinciales, sea porque el curso de agua atraviesa sucesivamente el territorio de dos o más provincias, sea porque se trata de un río fronterizo, lo relativo al dominio sobre ese río debe ser resuelto sobre la base de idénticos principios y ello conduce a concluir que cada provincia es dueña de la porción del río que integra su territorio. El carácter interprovincial del río no lo hace pertenecer al dominio nacional; cada provincia tiene propiedad exclusiva sobre una porción determinada del río y, por lo tanto, el ejercicio de este derecho por cada provincia se encuentra limitado por la necesaria armonización con el que tienen las demás que integran la cuenca.

Si el río es parte del territorio provincial, afectar su integridad implica afectar la integridad territorial de la provincia, garantizada por los arts. 3°, 5°, 13 y concs., CN. Por ello, tratándose de ríos interprovinciales, el uso y aprovechamiento que haga cada provincia de ellos no puede afectar el derecho de las demás a la integridad del curso de agua¹¹, tanto en su aspecto físico (derecho a la invariabilidad del curso y del caudal, que podrían verse afectados si una de las provincias realiza obras que lo desvían o le sustraen tal volumen de agua que priva a las otras de un *minimum* de caudal), como en su aspecto químico (que podría resultar afectado por el vuelco de desechos contaminantes).

En suma, tratándose de ríos interprovinciales, cada provincia debe ejercer su derecho de manera tal que no cause perjuicio ilegítimo a otra provincia y debe tolerar los efectos del ejercicio regular de su derecho por las provincias vecinas, siempre que se trate de un uso lícito que no afecte su integridad territorial¹²; estos principios han sido receptados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al reconocer a todas las provincias integrantes de una cuenca hídrica el "derecho a una participación equitativa y razonable en el uso del curso de agua" en el conflicto suscitado entre las provincias de La Pampa y Mendoza por la construcción de un dique sobre el Río Atuel en esta última, que afectaba la integridad del caudal que llegaba a la primera¹³.

Las provincias no han delegado en el Congreso de la Nación la facultad de establecer un régimen jurídico de derecho público para los ríos interprovinciales, salvo en lo que se refiere a la regulación del comercio interprovincial e internacional (art. 75, inc. 13, CN), por lo que es atribución exclusiva de cada provincia establecerlo dentro de su territorio. Pese a la opinión en contrario de caracterizados autores¹⁴, no se advierten argumentos sólidos que puedan sostener la atribución del Poder Legislativo nacional para regular los ríos interprovinciales en otros aspectos que no sean los comprendidos entre los poderes de-

¹¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Régimen...*, cit., ps. 368 y ss.

¹² MARIENHOFF, Miguel S., *Régimen...*, cit., p. 366.

¹³ Corte Sup., "Provincia de La Pampa v. Provincia de Mendoza", Fallos 310:2478.

¹⁴ Según CANO, Guillermo J. (h), *Los recursos hidráulicos de la Argentina*, t. VI, Comisión Económica para la América Latina, Consejo Federal de Inversiones, Buenos Aires, 1969, p. 579, adhiere a esta postura que dicho autor rechaza, entre otros Alfredo Palacios, Alberto G. Spota y Jorge Bengolea Zanata.

legados. Por lo tanto, no puede menos que adherirse a la doctrina ampliamente mayoritaria que, a partir de las posturas de Arturo M. Bas¹⁵ y Miguel Marienhoff¹⁶, considera que sólo mediante un tratado interprovincial u otra forma de acuerdo interjurisdiccional puede establecerse un régimen jurídico único para un río interprovincial. En su defecto, lo relativo al uso y aprovechamiento de ríos comunes debe regirse por principios jurídicos; en primer término los principios específicos de la relación federal (solidaridad, subsidiariedad y participación) y por aplicación analógica de los principios, reglas y precedentes jurisprudenciales del derecho internacional en materia de ríos internacionales¹⁷.

La práctica constitucional ratifica dicha conclusión, porque los acuerdos interjurisdiccionales entre el gobierno federal y las provincias interesadas han sido el instrumento ampliamente utilizado para lograr, mediante a coordinación entre los distintos sujetos federales interesados, un régimen racional de aprovechamiento de cuencas hídricas¹⁸.

A falta de acuerdo de partes y suscitado un conflicto, la atribución del gobierno federal se limita a dirimir el mismo a través de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ejercicio de la jurisdicción originaria que le asigna el art. 127, CN.

Por otra parte, tal como lo hemos adelantado, el dominio de las provincias sobre los ríos no obsta al ejercicio por parte del gobierno federal de la jurisdicción que le asigna el art. 75, inc. 13, CN, para reglar la navegación internacional e interprovincial porque, aunque la norma citada no menciona expresamente a la navegación, sino al “comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí”, se ha admitido pacíficamente, siguiendo la doctrina que sentó la Corte Suprema de los Estados Unidos en voto del juez Marshall, según la cual la palabra “comercio” empleada por la norma de igual texto de la Constitución norteamericana, comprende la “navegación”¹⁹; esta conclusión, por otra parte,

¹⁵ BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino. Nación y provincia*, t. 2, Abeledo, Buenos Aires, 1927, ps. 50 y ss.

¹⁶ MARIENHOFF, Miguel S., *Régimen...*, cit., ps. 404 y ss.

¹⁷ En el fallo citado en la nota 13, la Corte Suprema dijo que “Para resolver la cuestión relativa a la utilización de las aguas del río Atuel por las provincias de La Pampa y Mendoza, deben considerarse las normas que pueden ser asumidas como costumbre en el derecho internacional, los principios vertidos en diversas convenciones, resoluciones y declaraciones internacionales que traducen un consenso generalizado de la comunidad internacional y los propios criterios de la República Argentina, reflejados normativamente, en cuanto presuponen el carácter de un recurso natural compartido, de los cursos de agua internacionales y afirman el concepto de una participación equitativa y razonable”.

¹⁸ Frías afirmaba en 1980 (FRÍAS, Pedro J., *Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 104) que la materia que para entonces había dado lugar a una mayor cantidad de tratados interprovinciales era la relativa a los recursos hídricos, citando el cuadro preparado por CEPAL-CFI, publicado en CANO, Guillermo J. (h), *Los recursos hidráulicos de Argentina*, Comisión Económica para la América Latina, CFI, t. VI, Buenos Aires, 1969, ps. 113 y 115.

¹⁹ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional argentino*, t. III, Lajouane, Buenos Aires, 1923, p. 123. Véase también DALLI, Jorge, *Los recursos hídricos inter-*

es concordante con la disposición del art. 26, CN, que sujeta la libre navegación de los ríos interiores por parte de todas las banderas “únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional”.

En esta materia, la jurisdicción federal es exclusiva y excluyente, porque se trata del ejercicio de una potestad delegada que las provincias tienen prohibido ejercer (art. 126, CN).

También existe jurisdicción federal sobre los ríos de dominio provincial, pero en este caso concurrente con la de las provincias, en lo que se refiere a la protección ambiental. Se comprende que si resulta imposible en general limitar los efectos nocivos de los actos de contaminación o degradación del ambiente a los límites políticos de una provincia, tales actos afectan siempre de manera más o menos directa en el bien común general de la Nación, de donde surge claramente un interés federal en la materia. Ésa ha sido la razón por la que la reforma constitucional de 1994 explicitó el carácter concurrente de la materia ambiental en el art. 41, CN, por lo que tales poderes concurrentes del gobierno central, naturalmente, se ejercen también sobre los ríos, con los alcances establecidos en dicha norma.

Sintetizando lo dicho, podemos concluir que:

— Los ríos son siempre del dominio de las provincias porque integran su territorio y sólo podría concebirse un río perteneciente al dominio federal si estuviera en un territorio federal.

— Si el río es interprovincial (curso sucesivo o fronterizo), cada provincia es dueña del río en la parte de éste que atraviesa su territorio y, por lo tanto, los derechos de cada provincia se encuentran limitados por los de las otras dueñas.

— La única forma de establecer un régimen jurídico único para un río interprovincial es mediante un tratado interprovincial o un acuerdo interjurisdiccional.

— El gobierno federal sólo tiene jurisdicción sobre los ríos en los siguientes casos: a) En los ríos navegables: para regular la navegación y comercio internacional e interprovincial (art. 75, inc. 13, CN). b) En todos los ríos (navegables o no), y en concurrencia con las provincias interesadas, en materia de protección ambiental con los alcances establecidos por el art. 41, CN. c) En caso de conflicto entre provincias sobre un río interprovincial, éste debe ser dirimido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 127, CN).

2. El mar adyacente

Desde el punto de vista de los principios jurídicos y del derecho internacional no ha sido siempre pacífica la cuestión relativa a la naturaleza del derecho que ejercen los estados ribereños sobre el mar adyacente a sus costas y mu-

jurisdiccional”, en AA.VV., *Derecho constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 2004, ps. 247 y ss.

cho menos lo relativo a la extensión de éste. Los romanos consideraban que el *alta mar* era una *cosa común* cuyo uso correspondía no sólo al pueblo romano, sino a todos los hombres, como el aire; pero a falta de texto expreso no hay acuerdo en cuanto a si se diferenciaba ésta del *mar territorial*. La distinción comienza a aparecer con nitidez a partir de la consolidación del concepto de soberanía del Estado en la modernidad. Actualmente nadie discute que los estados ribereños ejercen su soberanía sobre las aguas y el lecho del mar próximo a sus costas, aunque históricamente se han ensayado muy diversas teorías respecto de su extensión: desde la que sostenía que el mar territorial comprendía hasta donde llegaba el alcance de la vista, pasando por la idea que se extendía hasta donde se llegaba en dos jornadas de viaje (Bártolo de Sassoferrato), o hasta donde llegaban las luces de los faros costeros, o hasta el alcance de la bala del cañón. Actualmente, pese a las grandes divergencias entre los criterios que sostienen los diversos Estados, todos asumen una medida fijada en millas o leguas marinas.

a) Dominio sobre el mar adyacente

Aun cuando la Constitución Nacional no contiene disposiciones expresas sobre el punto, el derecho argentino, a partir del art. 2340, CCiv., asumió siempre el criterio de que esa porción de mar y las playas pertenecen al dominio público del Estado, y en su texto originario la fijó en “una legua marina medida desde la línea de la más baja marea”, extensión equivalente a tres millas.

Por otra parte, dado que el mar adyacente es accesorio del territorio continental, la doctrina constitucional más caracterizada, fundada en los mismos principios que ya hemos analizado respecto de los ríos, siempre entendió que el titular del dominio era el Estado provincial ribereño. Así se pronunció claramente Marienhoff, al decir que “el dominio sobre el mar territorial (lecho, aguas y espacio aéreo que las cubre) pertenece a las provincias ribereñas y no a la Nación”²⁰, invocando en su apoyo las disposiciones de la Constitución de California y las opiniones de José Nicolás Matienzo²¹, Montes de Oca²² y Bartolomé Mitre²³.

La ley 17.711, sancionada en 1967, modificó el inc. 1º del art. 2340, CCiv., y derivó a una ley especial la determinación de dicha extensión, eliminando la contradicción que se había generado al dictarse la ley 17.094, que había extendido el mar adyacente desde las tres millas del texto originario a una distancia de doscientas millas marinas “medidas desde la línea de las más bajas

²⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Régimen...*, cit., p. 223.

²¹ MATIENZO, José N., *Cuestiones de derecho público*, t. I, p. 44, cit. por MARIENHOFF, Miguel S., *Régimen...*, cit.

²² MONTES DE OCA, Manuel, ps. 196/197, 204 y 216, cit. por MARIENHOFF, Miguel S., *Régimen...*, cit.

²³ *Diario de Sesiones del Honorable Se...*

mareas”, lo que generó un nuevo debate, porque mientras algunos autores consideran que el dominio sobre todo el mar adyacente, es decir, en toda la extensión de las doscientas millas, les corresponde a las provincias (Bidart Campos), otros entienden que el excedente sobre las tres millas originarias ha sido espacio incorporado al territorio nacional por voluntad del Estado federal, y que no habiendo sido asignado por éste a las provincias litorales, éstas no podrían argüir que se les ha quitado tal superficie marítima²⁴.

Sin embargo, pese a que ese razonamiento resulta de alguna manera atractivo por su simpleza, contradice el principio jurídico que indica que lo accesorio sigue la suerte de lo principal: si el derecho del Estado provincial ribereño sobre el mar territorial es accesorio del que éste tiene sobre el territorio terrestre y la Constitución Nacional garantiza la integridad territorial de las provincias, no puede ponerse en duda que el dominio sobre toda la extensión de mar que el derecho argentino considere perteneciente al Estado le corresponde al Estado provincial ribereño, porque esa porción de mar es accesorio de su territorio. Si no hay un territorio terrestre federal del que el mar adyacente pueda ser accesorio, como no lo hay desde que los últimos territorios nacionales que quedaban fueron asignados al de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur²⁵, no puede haber mar adyacente federal.

En el caso de la mencionada provincia, además de la asignación por parte, ley 23.775, como parte de su territorio, de los espacios marítimos comprendidos entre las coordenadas que allí se fijan (art. 1º), el art. 2º de su Constitución define su territorio diciendo que “la provincia tiene los límites territoriales y los espacios marítimos y aéreos que por derecho le corresponden, de conformidad con los límites internacionales de la República Argentina”, con lo que reivindica para sí la totalidad del mar adyacente y no sólo una porción de éste. La Constitución de Río Negro, por su parte, incluye explícitamente dentro de su territorio al “subsuelo, el mar argentino adyacente y su lecho, y el espacio aéreo correspondiente”.

Esta postura es también la que tuvo en miras el constituyente de 1994 cuando incorporó el párrafo final del art. 124, que dispone que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio. Así se desprende de las palabras del convencional Hernández al sostener en el debate en particular de la citada norma, en nombre de la Comisión de Redacción, que “cuando nos referimos al alcance de lo que corresponde a las provincias en cuanto al dominio de los recursos naturales existentes en su territorio, la Comisión interpreta que el territorio comprende tanto el suelo, como el subsuelo, el espacio aéreo y el litoral marítimo. Por supuesto, también son de dominio de las provincias los recursos renovables o no”²⁶.

²⁴ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 379.

²⁵ Ley 23.775 (BO del 15/5/1990).

²⁶ *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, Santa Fe-Paraná, 1994, t. IV, p. 3864.

b) *Clasificación legal de los espacios marítimos según la legislación vigente*

La ley 23.968 ha clasificado los espacios marítimos partiendo de la aprobación de las llamadas “líneas de base” trazadas en cartas que se incluyen como anexo de la ley, y así distingue entre:

a) *Aguas interiores*, que son las que se encuentran en el interior de las líneas de base (art. 2°).

b) *Mar territorial*, que es el que se extiende hasta una distancia de doce millas marinas a partir de las líneas de base y sobre el cual la Nación ejerce soberanía plena, como así también sobre el espacio aéreo que lo cubre, el lecho y el subsuelo de dicho mar (art. 3°), sin perjuicio del derecho de paso inocente de los buques de terceros Estados.

c) *Zona contigua*, que se extiende a partir del límite del mar territorial y hasta una distancia de veinticuatro millas a contar desde las líneas de base. En ella el Estado argentino puede ejercer su poder jurisdiccional para prevenir y sancionar infracciones en materia fiscal, sanitaria, aduanera y de inmigración (art. 4°).

d) *Zona económica exclusiva*, que se extiende desde el límite exterior del mar territorial y hasta una distancia de doscientas millas marinas a partir de las líneas de base. Sobre ella la Nación Argentina ejerce su soberanía para los fines de exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales, vivos o no vivos y respecto de otras actividades, para la exploración y explotación económicas, tales como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y los vientos (art. 5°).

e) *Plataforma continental*, que comprende el lecho y el subsuelo del mar que se extiende más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde del margen continental, o bien hasta una distancia de doscientas millas marinas a contar desde las líneas de base.

c) *Jurisdicción nacional y provincial sobre el mar*

Tal como ocurre respecto de los ríos, el dominio que tienen las provincias sobre el mar adyacente no obsta al ejercicio por el gobierno federal de la jurisdicción que le compete en las materias que le han delegado las provincias a través de la Constitución Nacional; esto es, con carácter exclusivo en todo lo referente al comercio y la navegación internacional e interprovincial (art. 75, inc. 13, CN), a las relaciones internacionales (art. 99, inc. 11, CN), a la defensa nacional (art. 75, incs. 25, 26, 27 y 28, y art. 99, incs. 12 a 15; CN) y el ejercicio de la función judicial en las causas “de almirantazgo y jurisdicción marítima”, es decir, las referidas al derecho de la navegación (art. 116, CN). El dominio provincial sobre el mar tampoco obsta a la jurisdicción federal concurrente con la de las provincias en materia de protección ambiental y aprovechamiento racional de los recursos naturales (art. 41, CN). La regla del art. 121, CN, impone

interpretar que, salvo las mencionadas excepciones u otras que pudieran derivarse de poderes delegados expresamente, la jurisdicción la conservan las provincias.

Sin embargo, la legislación que ha dictado el Congreso no se ajusta estrictamente a las referidas conclusiones, porque de las leyes 17.094, 17.500, 18.502 y 23.968 se derivan soluciones que no concuerdan con ellas.

En particular, el art. 1° de la ley 18.502, limita la jurisdicción provincial sobre el mar adyacente a las primeras tres millas marinas, sin perjuicio de la que le corresponde al gobierno federal en sus materias específicas, también dentro de esa franja. Con lo que según esa norma, la jurisdicción provincial —compartida con la Nación— queda restringida a las *aguas interiores* y al *mar territorial* y queda excluida de la *zona contigua*, de la *zona económica exclusiva* y de la *plataforma continental*, en cuanto exceden del mencionado límite, ya que el art. 2° le asigna sobre ellos “jurisdicción exclusiva” al Estado nacional.

Tales disposiciones resultan concordantes con las de los arts. 1°, ley 17.500, y 4°, ley 18.502, que disponen que los recursos naturales del mar existentes más allá de las tres primeras millas (es decir, dentro de las 197 millas restantes) “son propiedad del Estado nacional, que concederá su explotación conforme a las disposiciones de la presente ley”, concretando así un verdadero y flagrante despojo a las provincias ribereñas.

Podría ser opinable la exclusión de la jurisdicción provincial en la *zona contigua*, en tanto la jurisdicción federal sobre ella aparece en principio vinculada principalmente a materias que integran los poderes delegados (materia aduanera e inmigración), pero en lo que hace a la *zona económica exclusiva* y a la *plataforma continental*, cuya finalidad principal es la conservación y explotación de los recursos naturales del mar y su lecho, la asignación de jurisdicción exclusiva al gobierno federal resulta francamente contraria a la Constitución Nacional, máxime después de la reforma de 1994 que, como hemos visto, agregó el párrafo final del art. 124, CN, que reconoce a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

Cabe preguntarse en qué consistiría o de qué serviría el dominio originario de la provincia sobre los recursos naturales del mar si el gobierno federal pudiera unilateralmente explorarlos, explotarlos y administrarlos u otorgar por sí permisos o concesiones a terceros para su exploración y explotación, sin que concurra la voluntad de la provincia. Así ocurre, por ejemplo, cuando el art. 2° de la ley 25.943, asigna unilateralmente a la empresa estatal federal Energía Argentina SA “la titularidad de los permisos de exploración y de las concesiones de explotación sobre la totalidad de las áreas marítimas nacionales que no se encuentran sujetas a tales permisos o concesiones a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley”.

Si antes de la reforma pudiera haber sido discutible la constitucionalidad de estas normas, a partir de ella su inconstitucionalidad es evidente y manifiesta. Los recursos naturales del mar adyacente, en toda su extensión, pertenecen

al dominio originario de las provincias costeras, y ninguna ley nacional puede unilateralmente despojarlas de ellos en forma válida y legítima. Sólo con la concurrencia de la voluntad de las provincias podría establecerse un régimen unificado o coordinado para su explotación ²⁷.

Hernández considera que “por la reforma constitucional ya producida, la legislación centralista ha perdido sus efectos, por una elemental aplicación de la gradación normativa, determinada por el art. 31 de la Ley Suprema de la Nación” ²⁸, y Alberto Natale entiende que la ausencia de consentimiento de las provincias interesadas a la sustracción de los recursos naturales de su patrimonio hace necesario restablecer sus derechos mediante leyes del Congreso, y agrega que “la inacción parlamentaria habilitaría la acción de las provincias y la vía adecuada sería a judicial (art. 117)” ²⁹.

A la larga lista de materias en que el Congreso Nacional ha incurrido en mora en adecuar la legislación al nuevo régimen surgido desde la reforma constitucional de 1994 se debe agregar el régimen de dominio y jurisdicción sobre el mar adyacente y sus recursos naturales. Ya decía Frías hace treinta años que “la apropiación de los recursos del mar territorial por el Estado nacional debe ser renegociada por las provincias afectadas; tiene un contenido económico de gran significación. La jurisdicción es menos atrayente y más problemática su fragmentación. Pero ¿por qué no una ley convenio o un tratado interprovincial para hacer operable el aprovechamiento coordinado de los recursos y el mantenimiento de la jurisdicción?” ³⁰.

3. Yacimientos de hidrocarburos

Los yacimientos de hidrocarburos, como parte del subsuelo del territorio provincial, también pertenecen, sin lugar a dudas, según los principios constitucionales que venimos analizando, al dominio de las provincias en cuyo territorio se encuentran. Así lo declara expresamente el art. 95 de la Constitución del Neuquén, cuando establece: “El espacio aéreo, los yacimientos mineros y todo lo contenido en el subsuelo del territorio de la provincia del Neuquén, pertenecen a su jurisdicción y dominio. Las fuentes energéticas son de propiedad provincial exclusiva y no podrán ser enajenadas ni concedidas en explotación a personas, entidades o empresas que no sean organismos fiscales competentes, nacionales, provinciales, municipales y/o consorcios de tipo cooperativo regidos por el Estado”. Con igual criterio, la Constitución de Chubut establece en

²⁷ Conf. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Zavallía, Buenos Aires, 2000, p. 765.

²⁸ HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo, autonomía...*, cit., p. 115.

²⁹ NATALE, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 180, cit. por HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo, autonomía...*, cit., p. 115.

³⁰ FRÍAS, Pedro J., *Introducción al derecho provincial*, cit., p. 181.

su art. 102 que “El Estado promueve la exploración y aprovechamiento de los recursos minerales, incluidos los hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos y minerales nucleares, existentes en su territorio, ejerciendo su fiscalización y percibiendo el canon y regalías correspondientes. Promueve, asimismo, la industrialización en su lugar de origen”.

A pesar de ello, la cuestión relativa al dominio de los yacimientos de hidrocarburos ha generado un prolongado conflicto entre las provincias petroleras y el gobierno federal. Debemos recordar que la reforma constitucional de 1949 disponía en su art. 40 que “los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedades imprescriptibles e inalienables de la Nación”. El gobierno *de facto* de 1955 derogó dicha reforma, pero la “nacionalización” de las fuentes de energía fue receptada en las leyes que a partir de entonces dictó el Congreso de la Nación, que concretaron un verdadero desampoderamiento ilegítimo de las provincias.

Recién en el año 1992 comenzó a revertirse la situación de abierta violación de la Constitución Nacional, al disponerse mediante la ley 24.145 de Federalización de Hidrocarburos, la transferencia del dominio público de los yacimientos del Estado nacional a las provincias en cuyos territorios se encuentren, aunque su perfeccionamiento quedó supeditado a la sanción y promulgación de una ley cuya elaboración se encomendó a la comisión de provincialización de hidrocarburos creada por dicha norma y esta condición nunca se cumplió.

Recién con la ley 26.197, sancionada el 6/12/2006, se ha concretado un significativo avance en la adecuación de la legislación a la Constitución Nacional reformada en 1994, porque ésta dispone en su art. 1° que “Los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional o de los Estados provinciales, según el ámbito territorial en que se encuentren”, aunque, siguiendo el criterio de la anterior ley 24.145, excluye del dominio provincial a los que se encuentran ubicados más allá de las doce millas a contar desde las líneas de base, solución que resulta cuestionable según lo hemos visto en el punto anterior, al tratar en general la cuestión relativa a los recursos naturales del mar adyacente.

Finalmente, las provincias han obtenido el reconocimiento legal de lo que les correspondía según la Constitución Nacional. Sin embargo, debemos tener en cuenta que el dominio provincial no obsta a la jurisdicción del gobierno federal para fijar políticas en materia energética conforme a la previsión del art. 75, inc. 19, CN ³¹, como así también en materia de protección ambiental (art. 41, CN) porque, como sostiene Rosatti, al referirse a los recursos naturales en general, “el dominio es provincial, pero ello no invalida la jurisdicción nacional

³¹ EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, t. V, Depalma, Buenos Ai-

en la materia por razones de planificación y como garantía del uso racional de los recursos y de la sustentabilidad ambiental”³².

III. JURISDICCIÓN PROVINCIAL Y MUNICIPAL SOBRE BIENES DE DOMINIO FEDERAL

1. Establecimientos de utilidad nacional

Así como la aplicación del sistema de distribución de poderes entre gobierno federal y provincias establecido por el art. 121, CN, impone que en determinados casos el gobierno federal ejerza su jurisdicción con relación a bienes del dominio provincial, aquél también lleva a que se dé la situación inversa, esto es, que las provincias ejerzan sus poderes conservados sobre bienes de propiedad del Estado nacional e incluso que los ejerzan los municipios, en tanto algunos de estos poderes conservados les corresponden por su naturaleza local o por asignación expresa de la respectiva Constitución provincial.

Por una parte, es de toda evidencia que, como ya hemos señalado, las provincias y municipios ejercen con plenitud sus atribuciones constitucionales con relación a los bienes que, perteneciendo al patrimonio del Estado nacional, no están afectados al cumplimiento de una finalidad federal específica.

Necesariamente difiere la situación de aquellos bienes que el Estado nacional tiene bajo su dominio dentro del territorio provincial, pero afectados al cumplimiento de una finalidad federal específica, porque en este caso el gobierno central está ejerciendo su propiedad, no como podría hacerlo cualquier persona, sino en su calidad de Estado y, por lo tanto, entran en juego su potestad de *imperium* y el principio de supremacía federal (art. 31, CN).

El texto histórico de la Constitución Nacional contempló esta situación en el inc. 27 del art. 67, refiriéndose a los “lugares adquiridos por compra o cesión, en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional”. El texto vigente hasta la reforma de 1994 disponía que, lo mismo que sobre el territorio de la Capital Federal, sobre estos “establecimientos” el Congreso ejercía una “legislación exclusiva”, aunque mientras el art. 3º, CN, exigía el consentimiento de la provincia interesada para “federalizar” el territorio de la capital, ninguna disposición requería tal consentimiento para federalizar la porción de territorio afectada al establecimiento de utilidad nacional.

Es necesario aclarar, en primer lugar, qué debe entenderse por “establecimientos de utilidad nacional”, porque es claro que la enumeración que hacía el viejo art. 67, inc. 27, CN, era meramente ejemplificativa, a tal punto que ha sido suprimida en el texto del art. 75, inc. 30, CN, que reemplaza a aquél después de la reforma. Es claro que todo inmueble en el que funciona un establecimiento

militar nacional cae dentro de esta categoría, pero también todo aquel en el que funciona una dependencia de cualquiera de los poderes del gobierno federal (edificio de tribunales federales o destinados al funcionamiento de otras reparticiones públicas federales como la Anses o la AFIP, Aduana, Dirección de Migraciones, etc.) o los afectados al desarrollo de una actividad propia del cumplimiento de una función estatal federal o a la prestación de un servicio público federal, como por ejemplo los edificios de una universidad nacional, los puertos, las estaciones de ferrocarril, las rutas nacionales o las tierras comprendidas dentro de un parque nacional.

La cuestión radica en determinar si es posible, por ejemplo, que la provincia o el municipio cobren impuestos a locales comerciales que funcionan en un puerto, o en un parque nacional o en un aeropuerto ubicados dentro de su territorio pero bajo jurisdicción federal. O si, para construir edificios para sus facultades dentro de una ciudad, una Universidad Nacional debe ajustarse o no a las ordenanzas municipales de edificación. O si son aplicables al tránsito por una ruta nacional que atraviesa el territorio de la provincia las normas de la Ley de Tránsito Provincial y, en su caso, las de una ordenanza municipal de tránsito en el tramo en que la ruta ingresa al territorio del municipio. Piénsese que el tema, relevante de por sí, adquiere una trascendencia muy particular en el caso de establecimientos federales que ocupan grandes superficies del territorio provincial y en los cuales, muchas veces, se concentra una importante porción del movimiento turístico y comercial local, como son algunos parques nacionales.

La redacción del viejo art. 67, inc. 27, CN, dio lugar a una ardua polémica doctrinaria y jurisprudencial en la que tuvieron cabida innumerables posturas ubicadas entre dos tesis opuestas, con la más variada gama de matices intermedios:

a) Una posición que se aferró a la literalidad del texto, en cuanto hacía referencia a una “legislación exclusiva” del Congreso y, por lo tanto, consideraba que los establecimientos de utilidad nacional ubicados en el territorio de una provincia se hallaban “situados fuera de la jurisdicción territorial de la provincia”³³ y, en consecuencia, todas las actividades que se desarrollaban allí quedaban excluidas por completo de la aplicación de las leyes, de las potestades administrativas y de la potestad judicial de la provincia y sometidos única y exclusivamente a la jurisdicción del gobierno federal, al igual que el territorio de la Capital Federal. Desde esta postura, la Corte Suprema en 1968 llegó incluso a declarar inconstitucional la ley nacional 18.310, que admitía el ejercicio de su jurisdicción por parte de la provincia, dentro de estos establecimientos, en lo no afectado o inherente a la utilidad nacional propia de ellos.

Se adjudica a Joaquín V. González haber sostenido esta posición en cuanto, comentando la norma que nos ocupa, afirma que “sus habitantes dejan de ser vecinos de la provincia y de ejercer derechos civiles o políticos bajo las leyes

³² ROSATTI, Horacio, *Tratado de derecho municipal*, t. I. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 332.

³³ Corte Sup. Fallos 155:104-168-96-197-292.

de la provincia cedente o vendedora”³⁴; pero como bien lo señala Arturo M. Bas³⁵, el criterio del maestro riojano es que el Congreso no podía, sólo por invocación de esta cláusula, adquirir por su sola voluntad el dominio político, o sea, la jurisdicción exclusiva, dentro del territorio provincial³⁶.

b) La otra posición, que defendió firmemente Arturo M. Bas oponiéndose a lo que para entonces era doctrina pacífica de la Corte Suprema, sostenía que, por aplicación de los principios que derivan de los arts. 3º y 13, CN, el desmembramiento territorial de la provincia o la transferencia *in totum* de su jurisdicción al gobierno central, que para el caso resulta ser casi lo mismo, no podían producirse sin una cesión expresa de jurisdicción por parte de la provincia, aprobada por la legislatura provincial. Si el gobierno federal adquiere o alquila un inmueble dentro del territorio provincial, para destinarlo a una función de utilidad nacional, sin haber obtenido la cesión de jurisdicción por parte de esa provincia, sólo implica la facultad de aquél de ejercer las atribuciones necesarias para la administración y cumplimiento de los fines del establecimiento, pero sin desmembrar el territorio provincial, por lo que la competencia de los tribunales provinciales, la aplicación de las leyes impositivas de la provincia, el ejercicio del poder de policía de ésta y todas las demás atribuciones que forman parte de sus poderes conservados, no resultarán afectadas dentro del establecimiento sino únicamente en la medida en que ello afecte la finalidad nacional para la que el establecimiento ha sido creado³⁷.

A partir de esta posición se desarrolla la llamada tesis finalista, a la que han adherido desde la doctrina Germán Bidart Campos³⁸ y Pedro José Frías³⁹, entre otros. La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación también adhirió en ciertos períodos a esta tesis, afirmando que “...el *imperium* y la *iurisdictio* de las provincias donde se establecen obras de utilidad nacional, no quedan excluidos en absoluto, sino sólo en la medida en que su ejercicio obstaculice directa o indirectamente al fin de estos establecimientos”⁴⁰.

³⁴ GONZÁLEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, en *Obras completas*, edición ordenada por el Congreso de la Nación, vol. III, Buenos Aires, 1935, p. 398.

³⁵ BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino...*, cit., t. 2, p. 23.

³⁶ Tal interpretación es confirmada cuando Joaquín González, refiriéndose al mismo tema, en la obra y lugar citados, agrega: “Por su parte las provincias han establecido la manera de hacer efectivas estas cesiones o ventas, exigiendo dos tercios de votos de la Legislatura, cuando son para objetos de utilidad nacional o provincial y unanimidad, cuando la enajenación significa abandono de la jurisdicción”.

³⁷ BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino...*, cit., t. 2, ps. 14 a 26. Puede consultarse aquí la firme y decidida defensa que hace Arturo M. Bas de la postura contraria a la que sostenía entonces la Corte Suprema y que más adelante será recogida por los más prestigiosos constitucionalistas, por la ley 18.310 ya citada, en determinadas etapas por la jurisprudencia de la Corte Suprema y, finalmente, por la reforma de 1994 en el actual art. 75, inc. 30, CN.

³⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1967, ps. 340 y ss.

³⁹ FRÍAS, Pedro J., *Introducción al derecho público provincial*, cit., ps. 199 y ss.

⁴⁰ Corte Sup., Fallos 240:311 y Fallos 248:824.

2. Los establecimientos de utilidad nacional en la reforma constitucional de 1994

Como ya lo hemos señalado, la reforma terminó con el estado de incertidumbre que generaban las oscilaciones de la jurisprudencia y las opiniones doctrinarias diametralmente opuestas, al sustituir el ambiguo texto del viejo art. 67, inc. 27, CN, por el actual inc. 30 del art. 75, del que surge claramente ahora que se distingue por completo el régimen jurídico establecido para la Capital Federal, del fijado para los establecimientos de utilidad nacional, porque mientras para la primera se sigue estableciendo la atribución del Congreso para dictar una “legislación exclusiva”, para los segundos la atribución se limita a dictar “la legislación necesaria para el cumplimiento de sus fines específicos”.

Es necesario aclarar que la Capital Federal a la que se refiere la norma que comentamos no es la Ciudad de Buenos Aires, que tiene un régimen jurídico propio establecido en el art. 129, CN; que se asemeja más al de la segunda que al de la primera parte del artículo que nos ocupa⁴¹. La Capital Federal sobre la que el Congreso tendrá atribuciones de legislación exclusiva es la que surgirá del anhelado traslado de la Capital, que, como hemos dicho, es una cláusula programática implícita en la Constitución Nacional reformada⁴².

Se mantiene el sistema anterior en cuanto el gobierno federal no requiere la cesión o el consentimiento previo de la provincia para crear un establecimiento de utilidad nacional en el territorio de ésta, pero queda claro ahora que si la decisión ha sido adoptada unilateralmente por el gobierno federal, la jurisdicción provincial no queda desplazada *in totum*, sino únicamente en la medida en que ello resulte “necesario” para el cumplimiento de los fines federales específicos del establecimiento, y es precisamente por esa razón que la norma aclara que la provincia y los municipios conservan los poderes de policía y de imposición en el establecimiento “en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”.

Ello significa sencillamente que, siguiendo la lógica que impone el sistema básico de distribución de competencias del art. 121, CN, la regla es que la autoridad local goza en estos establecimientos de todas las atribuciones que le corresponden conforme al reparto que de ellas hace la Constitución Nacional (poderes conservados, concurrentes y compartidos); la excepción es la restricción de las potestades locales fundada en el interés federal del establecimiento. Debo aclarar que cuando digo autoridad local, me refiero a la autoridad provincial o municipal, según corresponda conforme al reparto de competencias que efectúe en cada caso la Constitución provincial, dentro del marco del art. 123, CN.

En otras palabras, aun dentro de los establecimientos de utilidad nacional, la regla es la competencia local (provincial o municipal, según la materia). Las

⁴¹ BARRERA BUTELER, Guillermo, *Provincias y Nación*, cit., p. 224.

⁴² BARRERA BUTELER, Guillermo, *Provincias y Nación*, cit., p. 225.

facultades de la provincia y el municipio pueden ser desplazadas por la ley del Congreso, pero, como proponía Frías aun antes de la reforma constitucional, en algunos casos no será imprescindible el desplazamiento total de la autoridad local y el ejercicio de la jurisdicción podrá ser objeto de coordinación y concertación entre la autoridad federal y las locales⁴³. Esa ley federal puede ser una ley general, reglamentaria del inc. 30 del art. 75, como lo fue la vieja ley 18.310, o pueden ser leyes especiales relativas a cada establecimiento o categoría de establecimientos en particular, con las modalidades específicas para cada uno de ellos.

De todos modos, queda también claro que la naturaleza del interés federal al que está destinado el establecimiento va a determinar el alcance del desplazamiento de la jurisdicción provincial sobre él. Sin necesidad de entrar en mayores detalles y precisiones, el sentido común indica que si se trata de un establecimiento cuya finalidad es la defensa nacional (guarnición militar, fábrica de armas, etc.), las atribuciones de los poderes locales van a resultar excluidas en mucho mayor medida que si se trata de una universidad nacional, o una ruta nacional, o un parque nacional. Sencillamente porque es razonable pensar que la defensa nacional, como finalidad del establecimiento, requiere un margen mucho mayor de concentración de atribuciones que las que exigen las finalidades de los otros establecimientos mencionados como ejemplo.

Es el Congreso quien va a fijar el deslinde entre las facultades que los Estados provinciales y municipios mantienen, aquellas en las que éstos son sustituidos por la autoridad federal y aquellas en las que se deberá concertar su ejercicio coordinado; pero también es claro que ese deslinde no puede ser efectuado de manera arbitraria o caprichosa, porque la norma constitucional marca una directriz muy clara: la medida del desplazamiento de la autoridad local está dada por la "necesidad" en orden al cumplimiento de la finalidad federal específica. Si la ley pretende limitar las facultades locales sin que exista tal *necesidad* o posibilidad de "interferencia" con los fines del establecimiento, la ley será inconstitucional.

Por supuesto que cabe la posibilidad de que, mediante acuerdo entre el gobierno federal y la provincia se transfiera íntegramente la jurisdicción al primero, y no únicamente con los alcances que tiene la jurisdicción adquirida por el solo imperio del art. 75, inc. 30, CN. Muchas provincias han contemplado esta hipótesis en sus constituciones denominándola "abandono de jurisdicción" y requiriendo mayorías agravadas y procedimientos legislativos especiales. En este caso excepcional sí podríamos decir, con Joaquín V. González, que en vir-

tud del expreso consentimiento de la provincia, los vecinos de ese lugar dejan de vivir bajo las leyes provinciales⁴⁴.

La Constitución de Córdoba (art. 104, inc. 8°) requiere una mayoría de dos tercios de los miembros presentes de la Legislatura para aprobar el abandono de jurisdicción con objeto de utilidad pública, con o sin cesión de la propiedad, diferenciando esta hipótesis de la del desmembramiento territorial (casos de los arts. 3° y 13, CN), para el cual se exige que la ley sea ratificada por un referéndum popular. Las de Chubut (art. 135, inc. 12) y Santa Cruz (art. 104, inc. 16), por el contrario, han equiparado los supuestos de "desmembramiento del territorio" y "abandono de jurisdicción", diferenciándolos de la mera cesión de territorio con fines de utilidad pública. Para la simple cesión con fines de utilidad pública, Chubut requiere el voto de las tres cuartas partes del total de miembros de la Legislatura, y Santa Cruz, dos tercios de los presentes; pero si se trata de abandono de jurisdicción o desmembramiento territorial, en ambas provincias la ley debe ser aprobada por unanimidad, y en Chubut, además, debe ser ratificada por una consulta popular vinculante.

⁴³ FRÍAS, Pedro J., *Introducción al derecho público provincial*, cit., p. 209. El maestro proponía el siguiente texto para el actual art. 75, inc. 30, CN: "Reglar las potestades del gobierno federal sobre los servicios y lugares afectados bajo su administración a un interés nacional, dentro de las provincias, definiendo las competencias provinciales que quedan excluidas en función de su naturaleza o las que deben concertarse".

⁴⁴ Véase ROSATTL, Horacio, *Tratado...*, cit.

CAPÍTULO VIII
LAS PROVINCIAS EN LAS RELACIONES
INTERJURISDICCIONALES

por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE *

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución primigenia adoptó la forma de Estado federal, no como una mera copia del modelo estadounidense, pues lo dotó de características peculiares. El constituyente, teniendo en cuenta los antecedentes históricos de nuestra organización nacional, diseñó un Estado “fédero-unitario” o “unifederal” de acuerdo con el modelo “alberdiano”, concentrando en el órgano nacional las potestades delegadas expresamente y las implícitas —que resultan ser las de mayor preponderancia—, quedando para las provincias los poderes residuales.

Todo ello respondía a la idea de constituir una unidad indestructible de estados indestructibles, en una realidad geográfica social e institucional diversa a la de los Estados Unidos.

Con estas peculiaridades, nuestra forma de Estado implica una descentralización territorial del poder entre los diversos niveles de gobierno que lo integran: 1) Estado federal. 2) Estados provinciales. 3) Estados municipales. 4) La Ciudad de Buenos Aires.

Resaltamos que la reforma de la Constitución Nacional de 1994 autorizó expresamente a las provincias a “crear regiones para el desarrollo económico social y establecer órganos para el cumplimiento de sus fines...” (art. 124, párr. 1°).

Según lo expresado, la distribución de competencias que surgen luego de la enmienda constitucional, implica para las provincias la existencia de vínculos o relaciones:

- a) Entre provincia-Estado nacional.
- b) Entre provincia y provincia.
- c) Entre provincia-región.
- d) Entre provincia y municipios.
- e) Entre provincia y Estados u organismos internacionales.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular en la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Cátedra B.

Dada la naturaleza y condiciones de las relaciones que vinculan a las provincias con el Estado nacional, las que han sido debidamente estudiadas en los cursos de Derecho Constitucional. Ahora trataremos las relaciones entre las provincias, provincia y región, provincia y Estados u organismos internacionales y, por último, nos referiremos al rol que deben asumir éstas en los tratados que suscriba el Estado nacional con otros entes soberanos, especialmente en aquellos acuerdos vinculados a la creación de organismos supranacionales que tiendan a la integración entre los países. En nuestro caso especial, al fenómeno derivado de la creación y pertenencia de nuestro país al Mercosur.

II. LOS TRATADOS INTERPROVINCIALES

En una brillante tesis doctoral, Guillermo Barrera Buteler¹ nos recuerda que la Constitución de 1853-1860, tenía por objetivo ser el vínculo unificante contra toda pretensión secesionista; a pesar de ello no podía dejar de tener en cuenta la importancia de los pactos interprovinciales preexistentes, que vincularon a las provincias entre sí durante más de cuarenta años y que sirvieron como estructura fundamental de nuestro andamiaje jurídico.

En virtud de lo expuesto, no solamente se consigna en el Preámbulo que la Constitución se dicta “en cumplimiento de pactos preexistentes”, sino que además establece imperativamente como uno de los poderes reservados por las provincias el de “firmar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso federal...” (art. 107, Constitución de 1853, 125 del texto reformado). Esta norma reconoce su antecedente en la Constitución estadounidense, pero en ella imperativamente estos “tratados” deben ser aprobados por el Congreso para que tengan validez, tal como lo preconizaba Alberdi.

A nuestros tratados interprovinciales. Frías² los define como “todo acuerdo en que dos o más provincias regulan intereses comunes de naturaleza no política, con conocimiento del Congreso”.

Coincidimos con la opinión de Barrera Buteler³, que tal como se encuentra redactado el art. 125, estos “tratados” tienen carácter restrictivo, pues excluyen otras figuras convencionales, como son los acuerdos celebrados entre la Nación y sus agencias, y una o más provincias, o las difundidas leyes convenios que regulan las relaciones del Estado federal y las provincias en diversos aspectos.

La restricción también es cuantitativa, merced a que solamente se admiten “tratados parciales”, lo que de acuerdo con el pensamiento de Alberdi excluye

¹ BARRERA BUTELER, Guillermo, *Provincias y Nación*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 286.

² FRÍAS, Pedro J. y otros, *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 104.

³ BARRERA BUTELER, Guillermo, *Provincias y Nación*, cit., ps. 287 y ss.

los posibles convenios que enlacen a todas las provincias. También la limitación se manifiesta en relación con la materia que puede ser objeto del acuerdo: “...administración de justicia, intereses económicos o trabajos de utilidad común”.

No obstante ello, un ponderado sector de la doctrina sostiene que es menester realizar una coordinada relación entre los términos de los arts. 121, 125 y 126, y efectuar una adecuada interpretación de la expresión “utilidad común”. Así llegamos a la conclusión de que lo que las provincias tienen vedado es la concertación de acuerdos de carácter político o que se refieran a competencias delegadas expresamente al gobierno federal.

También es necesario dejar esclarecido el verdadero sentido del término “carácter político”, pues como bien lo señala Piombo en un erudito trabajo⁴, esta expresión debe entenderse adecuadamente, ya que, en definitiva, todo tratado hace referencia a actividades o poderes de los órganos del Estado, que en última instancia significan el ejercicio de la función política. Pretender darle un rigorismo extremo a esta expresión, nos llevaría a determinar la imposibilidad que las provincias puedan suscribir cualquier tipo de tratados. Por ello el autor citado, en opinión que comparten Buj Montero y Rossatti⁵, considera que debe entenderse que los tratados que resultan excluidos de posibles convenios interprovinciales serían todos aquellos que interfirieran en la supremacía del gobierno central o lesionan el orden público o los intereses de otros miembros de la federación.

Lógicamente estos “tratados” deben celebrarse dentro del marco de las potestades otorgadas por la Constitución y ello amerita el ejercicio de un adecuado control, como lo señala Barrera Buteler⁶.

La norma constitucional norteamericana que sirvió también de base al proyecto de Alberdi exige que sean aprobados por el Congreso para que adquieran validez como tales. Sin embargo, el texto constitucional sancionado por iniciativa de Gorostiaga como art. 107 (hoy art. 125) se aparta del precedente y determina que el Congreso debe “tomar conocimiento”. Esta diferencia sustancial en la redacción de ambos textos nos inclina a coincidir con quienes sostienen que en nuestro sistema constitucional, la aprobación del Congreso no resulta un requisito necesario para la validez de los acuerdos interprovinciales.

Por el contrario, en nuestra opinión, una presunta desaprobación del acuerdo por parte del gobierno nacional no traería aparejada su nulidad o ina-

⁴ PIOMBO, Horacio D., *Teoría general, y derecho de los tratados interjurisdiccionales internos*, Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 160 y ss.

⁵ BUJ MONTERO, Mónica, “Las provincias y las relaciones internacionales”, en PÉREZ GUILHOU y otros, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 391; ROSATTI, Horacio, “El federalismo en la reforma”, en PÉREZ GUILHOU y otros, *La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la Comisión de Redacción*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 236.

⁶ BARRERA BUTELER, Guillermo, *Provincias y Nación*, cit., p. 290.

plicabilidad. Al gobierno federal solamente le cabría efectuar las reclamaciones judiciales pertinentes en contra de las provincias signatarias, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o acudir al remedio de la intervención federal. Cabe advertir que un ponderado sector de la doctrina disiente con nuestra posición (v.gr., José Manuel Estrada, Germán Bidart Campos, entre otros).

Desde los albores de nuestra organización institucional, las provincias suscribieron una multiplicidad de convenios interjurisdiccionales que recibieron distintos nombres —pactos, tratados, convenios, convenciones, acuerdos—, sin que la denominación elegida determinara una clara distinción sobre la naturaleza de ellos. Por supuesto que a partir del dictado de la Constitución Nacional, todos estos convenios deben quedar encuadrados dentro de las competencias que les corresponde a los signatarios.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que todos estos términos deben ser considerados como sinónimos, pues significan “acuerdo para reglar o reglamentar intereses”⁷. A esta nómima debemos agregar las “leyes convenios”, que en gran número fueron suscriptas por el gobierno federal con las provincias, en las últimas décadas.

Coincidimos con Piombo, Frías y Barrera Buteler en que resulta conveniente efectuar una clasificación de los acuerdos teniendo en cuenta: 1) *Los sujetos signatarios*: a) provincias con provincias, a los se denomina horizontales; b) provincia con el Estado nacional, llamados verticales, y c) Nación con las provincias denominados mixtos. 2) *Por sus formas*: acuerdos propiamente dicho, leyes convenios, acuerdos de desmembramiento territorial. 3) *Por los modos de su concertación*. 4) *Por su contenido*. 5) *Por su objeto*. 6) *Por sus efectos*. 7) *Por su ejecutoriedad*. 8) *Por su función*. 9) *Por su duración*, etcétera.

Piombo nos advierte que “(n)o obstante revestir la especie ‘tratados interjurisdiccionales’ el carácter de fuente primaria del derecho público argentino, nuestro ordenamiento carece de un estatuto que reglamente su concertación, celebración, modificación y extinción; así como la validez y nulidad de esta clase de convenciones. El único instrumento apto para relacionar jurídicamente a los estados miembros que componen la federación argentina yace en una especie de ostracismo doctrinal y legislativo del cual es imperativo rescatarlo”⁸.

Tales carencias traen aparejado, que cada vez que debe ser interpretado alguno de estos convenios, sea menester acudir a la analogía, a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho y a los aportes doctrinarios.

Ante esta significativa omisión, surge de inmediato la pregunta: ¿Quién es la autoridad que tiene las atribuciones para dictar normas que regulen los acuerdos interjurisdiccionales? Barrera Buteler nos dice que ni el gobierno federal por sí, ni las provincias individualmente pueden hacerlo⁹. Estas normas

⁷ Corte Sup., Fallos 2:88; 105:439; 139:42.

⁸ PIOMBO, Horacio D., *Teoría general...*, cit.

⁹ BARRERA BUTELER, Guillermo, *Provincias y Nación*, cit., p. 296.

deben surgir de una instancia superior al Estado federal y a las provincias, mediante el dictado de una norma de jerarquía constitucional o a través del acuerdo de las provincias, instrumentado mediante una ley convenio.

A nuestro parecer, resulta altamente recomendable adoptar la propuesta efectuada por la Comisión de Juristas designada por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Plata, que elaboró un anteproyecto de “Convenio Marco Regulator de los Acuerdos Interjurisdiccionales Internos”, inspirado en los principios de la Convención de Viena, que reglamenta el derecho de los tratados internacionales. Si ese “Convenio Marco” fuera suscripto por todas las provincias, sería el instrumento idóneo para regular en adelante sus relaciones.

El mismo resultado podría obtenerse mediante una ley-convenio suscripta por la Nación y todas las provincias. En dicho documento se deberían contemplar las distintas etapas que llevan a su concreción: 1) Negociación del acuerdo, en general a cargo del Poder Ejecutivo. 2) Firma del acuerdo, a cargo del Ejecutivo. 3) Aprobación del acuerdo mediante ley de la Legislatura. 4) Conclusión del acuerdo, sea mediante canje de instrumentos, ratificación o cualquier otra forma que autorice el derecho de las entidades contratantes. 5) Publicidad de los acuerdos. 6) Plazo de vigencia.

Siendo un requisito de orden constitucional, la toma de conocimiento por el Congreso Nacional del texto de los acuerdos, resulta incomprensible la negligencia con la que este tema ha sido tomado en el ámbito nacional. El Senado federal aprobó el 9/8/1973 la creación de un Registro de tratados interprovinciales a cargo de la Comisión de Asuntos Constitucionales del cuerpo. Hasta la fecha este registro no existe; tampoco se conoce si tal contralor lo lleva el Ministerio del Interior o las provincias.

La concreción de estos convenios interjurisdiccionales crea entre las partes derechos y deberes recíprocos y son fuente fundamental de nuestro derecho público; si bien siempre deberán estar subordinados a la Constitución, los tratados previstos en el art. 75, incs. 22 y 24, tendrán prelación jerárquica frente a las constituciones provinciales y a las leyes locales de las partes suscriptoras.

III. LA REGIÓN

La reforma constitucional de 1994 incorporó en su 2ª parte, Tít. II, “Gobiernos de provincia”, un nuevo y trascendental artículo para el diseño de un remozado federalismo en el país. Nos referimos al art. 124, que establece en su primera parte: “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines (...); con conocimiento del Congreso Nacional...”.

El tema no resulta extraño a nuestras inquietudes; desde hace años bregamos por fortalecer el federalismo y el equilibrio solidario en la Argentina, y para ello la integración regional aparece como un adecuado instrumento.

Se trata de una alternativa que debe implementarse de inmediato, para lograr atenuar el grosero desequilibrio existente entre un área metropolitana sobredimensionada en población y riqueza, frente a un país interior que aún no puede desprenderse de su subdesarrollo y que se encuentra lejos de obtener la tan mentada igualdad de oportunidades.

En un trabajo que llevaba como título "La región como nueva alternativa federal"¹⁰, recordábamos el concepto que nos proponía Alfredo Povina sobre este tipo de organización y que recoge también Hernández¹¹. El distinguido sociólogo definía a la región como "Un agrupamiento sociológico de tipo geográfico polarizado, en el que el predominio de los indicadores unificantes, produce una conciencia de unidad regional, que sirve como instrumento para la integración de la comunidad".

Barrera Buteler nos recuerda la definición de Fernando Badía, quien considera a la región como "un hecho geográfico, etnográfico, económico, histórico y cultural vivido en común, un área territorial caracterizada por elementos que le confieren homogeneidad". Sobre esta idea, Rosatti observa que el concepto se torna menos preciso cuando debemos seleccionar concretamente cuáles son "los elementos homogeneizantes y cuál es el grado de homogeneidad necesario para determinar la existencia de los límites de una región".

Según nuestra opinión, la región se caracteriza por la existencia de un espacio físico, estructura económica y estilo de vida. Tales componentes configuran notas de homogeneidad, diferenciación y comunidad.

Una región puede caracterizarse como un área homogénea que, como tal, tiene rasgos peculiares que las diferencia de las demás y entre sus integrantes configuran una relación de asociación para el logro de objetivos comunes o por la comunidad de valores vividos en conjunto. En definitiva, entre sus componentes existe la convicción de que transitan un camino en común.

Dentro de nuestro sistema institucional, la idea de región no se adecua con las pautas políticas que hacen a las individualidades provinciales, que en muchos casos pueden comprender dentro de sí regiones diversas.

La región en la Argentina, de acuerdo con el art. 124, CN, debe ser creada por la libre voluntad de las provincias, para propender al desarrollo económico y social y ello implica la libre decisión de éstas, que no puede ser suplantada por una resolución del gobierno nacional, ni tan siquiera mediante el mecanismo de la ley convenio. De los términos de la norma citada, queda en claro que no es un nuevo nivel de decisión política.

¹⁰ ZARZA MENSAQUE, Alberto, "La región como nueva alternativa federal", *Bolétín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, nro. 1-2, 1977.

¹¹ HERNÁNDEZ, Antonio M., "Regionalización interprovincial", en *Jornadas de Reflexión sobre Regionalización y Mercosur*.

Hernández¹² nos recuerda los antecedentes legislativos en esta materia; en el derecho público provincial, las constituciones anteriores a la reforma constitucional de 1994, de las provincias de Catamarca, Córdoba, Chaco, Chubut, Formosa, La Pampa, La Rioja, Neuquén, Río Negro, Salta, Santa Cruz, Santiago del Estero y Tierra del Fuego, que autorizan este tipo de acuerdos; el dictamen Preliminar del "Consejo de Consolidación de la Democracia", el dictamen en mayoría de la "Comisión Asesora Institucional" de 1971.

Cabe recordar que en el año 1966, mediante dec.-ley 16.964, se creó el "Sistema Nacional de Planeamiento y Acción para el Desarrollo" por decisión imperativa de un gobierno *de facto*. Dentro de este sistema se establecieron ocho regiones, constituidas en algunos casos con provincias disímiles o no homogéneas.

Esta regionalización, basada quizá en razones de estrategia militar, significaba la instrumentación de un sistema claramente centralizado y verticalista, donde el poder de decisión recaía en el CONADE (Consejo Nacional de Desarrollo), integrado por los ministros nacionales, el Presidente de la Nación y diversas estructuras inferiores, en las que la Junta de Gobernadores era solamente un organismo de asesoramiento que podía elevar propuestas y ejecutar las decisiones adoptadas por el gobierno central. Los gobiernos provinciales carecían de participación decisoria en este sistema.

Retornado el país a la democracia, solamente quedaron vinculadas entre sí las provincias que tenían homogeneidad y relaciones recíprocas permanentes, v.gr., NEA, NOA y Comahue, como bien nos recuerda Barrera Buteler¹³.

El concepto de región que ha incorporado la reforma constitucional contiene diferencias sustanciales con las entidades así denominadas en los Estados unitarios. Hernández considera que al haberse difundido el concepto de descentralización en el mundo globalizado, en los países unitarios europeos se fueron cambiando las estructuras y surgieron las regiones dentro de estos Estados como un modo de descentralización del poder; cita los casos de Italia, Francia y España, con la Constitución de 1978, países que admiten la creación de regiones con potestades propias, transformando sus estructuras legales unitarias por las denominadas "fédero-regionales".

Analiza también el fenómeno de Inglaterra con el informe "Kilbraldon", de 1973, que estudiaba las posibilidades de otorgar autonomía a Escocia y Gales, y trae a colación, más recientemente, la decisión del ex primer ministro de Gran Bretaña, Tony Blair, de conceder cierta autonomía a Irlanda del Norte.

En España e Italia se fueron produciendo procesos de transferencias de potestades políticas y administrativas hacia las denominadas "regiones autónomas", mediante un proceso de descentralización del poder que tiende a hacer efec-

¹² HERNÁNDEZ, Antonio M., *Integración y globalización: Rol de las regiones, provincial y municipios*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

¹³ BARRERA BUTELER, Guillermo, *Provincias y Nación*, cit.



Estados unitarios, dotadas de diversos grados de autonomía institucional y legislativas ejerzan mayores potestades delegadas por el gobierno central.

En estos estados unitarios, las regiones son el más importante y jerarquizado nivel de descentralización territorial, con un grado tal de autonomía legislativa que las asemeja en mucho a los Estados federados. Por ello Frías¹⁴ los ha denominado "Estados fédero-regionales". Antonio La Pérgola ha expresado que "las regiones miran a Europa y aspiran a ser su parte integrante".

En nuestro orden institucional y en nuestras vivencias políticas, a diferencia del fenómeno europeo, la región no es un nuevo nivel de decisión política entre el Estado federal y las provincias; no es un nuevo sujeto de la relación federal, antes bien, es un instrumento que puede resultar adecuado para posibilitar y dar fluidez a las a veces conflictivas relaciones entre Nación y provincias, sin alterar la forma del Estado.

Puede ocurrir que en el futuro la consolidación de las regiones apareje el riesgo de debilitar aún más el protagonismo provincial hasta hacerlo desaparecer, como con acierto advierte Castorina de Taquini¹⁵; pero actualmente, y por un largo tiempo, sigue teniendo plena vigencia el pensamiento de Frías cuando asevera que "la provincia sigue siendo el nivel de redistribución del poder que mejor se conforma a una economía de escala y no sólo por razones tradicionales. Es el cuerpo intermedio por excelencia, el único interlocutor del Estado nacional".

Hoy, la región, tal como la ha diseñado la reforma constitucional, significa un nivel de decisión adjetivo e instrumental en la Argentina.

De acuerdo con el art. 124, CN, las regiones en la Argentina deben ser creadas por la libre voluntad de las provincias, para propender al desarrollo económico y social. Ello implica la libre decisión de éstas, que no puede ser suplantada por la voluntad del gobierno nacional, ni aun mediante una ley convenio.

Serán solamente los protagonistas del acuerdo los que deberán decidir, también, la creación de órganos para el cumplimiento de tales fines y si éstos adquirirán la jerarquía de personas públicas estatales o no.

La imagen de las regiones que prevé la Constitución es la que ha quedado plasmada en el *Tratado de Integración del Norte Grande Argentino* (1987); *Tratado de Integración Económica del Nuevo Cuyo* del 22/1/1988; en el *Acta Constitutiva de la Región del Noroeste Argentino*, 11/11/1994; en el año 1996, la instauración de la región patagónica, y en 1998, el Acuerdo de Integración Regional, celebrado por las provincias de Santa Fe y Córdoba, al que luego se incorporara la provincia de Entre Ríos.

¹⁴ FRÍAS, Pedro J., *Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 145.

¹⁵ CASTORINA DE TARQUINI, María C., "El régimen federal y la reforma constitucional", en PÉREZ GUILHOU y otros, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995, cap. XXVI, ps. 231 y ss.

Estos acuerdos regionales, significan el ejercicio concertado de las potestades reservadas y concurrentes que les corresponden para una optimización de los resultados de su gestión.

Dentro del proceso de integración no se pueden traspasar los límites de tales facultades, ni delegar potestades que le son propias y exclusivas (art. 13, Constitución de Córdoba). Nada impide que una provincia pueda formar parte de más de una región o que dentro de ella puedan crearse varias regiones intraestatales.

Menem y Dromi¹⁶ clasifican los distintos tipos de descentralización en: a) vertical, que surge de la decisión de un organismo central; b) horizontal, surgida de la libre voluntad de las provincias que la constituyen sin interferencias del gobierno central, y c) la concertada, que es aquella que, sin desconocer las autonomías provinciales, le da participación al gobierno federal en el proceso integrativo, para que los intereses nacionales concuerden con los provinciales y los regionales.

Según nuestra opinión, el proceso de regionalización que se está produciendo en nuestro país es y debe seguir siendo del tipo horizontal, dado que ha quedado plenamente demostrado que son los directos protagonistas quienes están capacitados para evaluar las conveniencias o los perjuicios que pudieran ocasionarles la integración con otras provincias, y al actuar de tal manera, lo hacen en uso de potestades que les son propias.

Es obvio que esta opinión nos separa de quienes piensan que dichos acuerdos deberían ser concertados con intervención y participación del gobierno central; consideran que tal protagonismo evitaría que provincias pobres o sin recursos debidamente explotados quedaran marginadas e imposibilitadas de desarrollarse. De acuerdo con nuestro punto de vista, tal riesgo puede aventarse de manera distinta. El gobierno federal cuenta con las potestades suficientes (art. 75, incs. 9º, 18 y 19), como para promover el crecimiento de las provincias postergadas o menos desarrolladas, sin necesidad de interferir o presionar sobre los procesos de integración voluntaria de los Estados provinciales¹⁷.

Las provincias que deciden integrarse a una región tienen la obligación de comunicarlo al Congreso de la Nación para que éste tome conocimiento de las características y objetivos del acuerdo regional. No pensamos que de la letra y del espíritu de la norma constitucional surja el requisito del consentimiento previo del Congreso.

Siendo coherentes con esta opinión, discrepamos con quienes propenden establecer una consulta previa obligatoria al Congreso de la Nación y su aprobación, para que el convenio regional entre provincias o el eventual acuerdo in-

¹⁶ MENEM, Eduardo - DROMI, Roberto, *La Constitución reformada, comentada interpretada y concordada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 399.

¹⁷ ZARZA MENSAQUE, Alberto, "Estados unitarios, federales y regionales o fédero-regionales. El federalismo argentino luego de la reforma constitucional de 1994", en AA-DC y otros, *Descentralización del Poder en el Estado contemporáneo*, Advocatus, Córdoba, 1995.

ternacional que pueda concertar un Estado provincial, dentro del marco de las potestades autorizadas, tenga validez¹⁸.

Quizá quienes propenden esta modalidad de control previo por el Congreso Nacional estimen que las provincias aún no han alcanzado su mayoría de edad y que éstas deben gozar de autonomía *ma non troppo*.

Resaltamos la importancia del acuerdo celebrado por las provincias de Santa Fe y de Córdoba (15/8/1998), al que se adhiriera luego Entre Ríos, que diera nacimiento a la "Región Centro". Dentro del Mercosur, implica la ocupación de una posición estratégica dentro del "corredor de oro bioceánico", al decir de Hernández¹⁹, que vincula la región económica más activa del Brasil con los puertos de aguas profundas de Chile, para lograr una rápida salida hacia el Pacífico y sus mercados.

Coincidimos con éste en que provincias integrantes tienen economías complementarias, similares extensiones territoriales y equivalente densidad de población. La integración en la "Región Centro" significa más de 7 millones de habitantes, una superficie de 380.000 km², 25% del PBI nacional, 70% de la producción nacional de leche, 45% del *stock* bovino, 80% de la soja, 48% de las exportaciones de manufacturas agropecuarias, exportaciones por 8 mil millones de dólares, en 1988, del cual un tercio corresponde a la producción industrial. El 45% de tales exportaciones tiene como destino el Mercosur, y sus actividades principales son: industria frigorífica, láctea, aceitera, molinera, automotriz, autopartista, maderera y construcción²⁰.

Según lo establece el art. 1° del acuerdo, la integración de la región tiende a lograr el desarrollo económico social, humano, la salud, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura, respetando en un todo lo establecido en los arts. 124 y 125, CN.

Es importante destacar que a partir de su integración, la Región Centro ha trabajado activamente para posicionarse como tal y negociar en el exterior conjuntamente y en bloque, y creemos que sus integrantes van consolidando sólidamente sus vínculos.

El órgano máximo de la región es la Junta de Gobernadores de las provincias signatarias, cuenta también con un Comité Ejecutivo, integrado por los ministros provinciales, quienes deben implementar las políticas diseñadas por el órgano máximo.

Se creó también una Secretaría Ejecutiva con sede rotativa, y se prevé el funcionamiento de la Comisión Parlamentaria Conjunta de la región como órgano deliberativo-consultivo y con facultades para elevar propuestas. Esta Co-

¹⁸ LEONARDI DE HERBÓN, Hebe, *Leyes reglamentarias de la reforma constitucional, pautas y sugerencias fundamentales*, AA-DC, 1996, p. 340 y ss.

¹⁹ HERNÁNDEZ, Antonio M. (h), "El Tratado de Integración Regional entre Córdoba y Santa Fe", *Cuadernos de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, nro. XII, 1999, p. 77.

²⁰ *Diario Comercio y Justicia de Córdoba*, marzo 1999.

misión estará compuesta por representantes designados por las respectivas legislaturas.

En general, este diseño institucional se reitera en la mayoría de los acuerdos regionales que se han signado luego de la reforma constitucional de 1994.

Las regiones instauradas con base en los acuerdos interprovinciales que hemos recordado han comenzado a tener un diálogo dificultoso pero adulto con el gobierno federal, lo que augura que pueda hacerse realidad el anhelo de Frías: que la región en la Argentina permita "lograr un acercamiento de escala entre las provincias y la Nación, para dar a la política nacional la triple dimensión del país como totalidad, como complementación de regiones y como unidad indestructible de estados indestructibles"²¹.

IV. LAS PROVINCIAS Y LAS RELACIONES INTERNACIONALES

La reforma constitucional de 1994 ha otorgado una nueva oportunidad para revitalizar este alicaído federalismo al que todos dicen defender pero pocos practican. El éxito de la empresa dependerá de la operatividad concreta que se otorgue al protagonismo requerido por los entes provinciales.

El Tít. II de la 2ª parte de la Constitución, referido a los gobiernos de provincia, mantiene la misma redacción del antiguo art. 104, hoy 121, y la del 105, hoy 122. Al anterior art. 107 se le ha insertado un agregado, hoy art. 125. El 106, hoy 123, ha sido reformado para instaurar y garantizar la autonomía municipal.

En el nuevo art. 124, además de haberse consignado las facultades de las provincias para crear regiones, también se las autoriza a celebrar convenios internacionales. La redacción y el espíritu de esta norma pone de resalto la importancia del fenómeno constituyente provincial anterior a la reforma constitucional de 1994, que ha influenciado sustancialmente en las nuevas relaciones Estado federal-provincias. Hemos afirmado anteriormente que este proceso, que comienza a perfilarse autónomamente a partir de la década de 1980-1990, trasunta la oferta de un nuevo diseño del país que las provincias ofrecen a la Nación²².

Los textos bajo análisis, en su redacción y filosofía, tienen sustanciales similitudes con los principios sentados en las constituciones provinciales recientemente reformadas, v.gr., Catamarca (art. 149, inc. 15, y 110, inc. 11); Córdoba (art. 16, incs. 2° y 6°, con la denominación de "Cláusula federal", 110, inc. 2°, y 144, inc. 14); Jujuy (art. 137, inc. 7°, y 123, inc. 34); Río Negro (arts. 181, incs. 13 y 14); San Juan (art. 189, inc. 9°, y 150, inc. 2°), con la salvedad de que esta provincia es la única que establece que el conocimiento al Congreso de la

²¹ FRÍAS, Pedro J., *Introducción al derecho público provincial*, cit., p. 145.

²² ZARZA MENSAQUE, Alberto, "Las provincias en las relaciones internacionales", en *Comentarios a la reforma constitucional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1995.

Nación debe ser previo a la concertación; San Luis (arts. 168, inc. 15, y 144, inc. 2°); Tierra del Fuego (arts. 135, inc. 1°, y 105, inc. 17). Salta y La Rioja formulan principios generales sobre el tema. Santiago del Estero, Tucumán y Formosa no hacen mención a la posibilidad de celebrar acuerdos con Estados u organismos extranjeros.

De las constituciones anteriores al denominado "nuevo proceso constituyente provincial", debemos rescatar la del Chaco (1957), que en su art. 115 establecía la atribución de la legislatura de aprobar las convenciones celebradas con organizaciones internacionales.

Con anterioridad, afirmamos que "asistimos a un proceso de reafirmación de las expectativas autonómicas que repercuten en el plano internacional con la aparición de nuevos protagonistas en las relaciones jurídicas transaccionales.

"La creciente interrelación de los problemas que afectan a los pueblos, ha proyectado en el orden internacional ciertas cuestiones derivadas del ejercicio de competencias que por su naturaleza son propios de los estados locales (salud, medio ambiente, turismo, etc.). Estas circunstancias han generado la legítima pretensión por parte de los estados federales de tener una mayor participación directa o indirecta en la definición y en la conducción de la política exterior del Estado central".

Si recorremos brevemente el derecho comparado, constatamos que algunos de los países de estructura federal otorgan a los estados integrantes cierto protagonismo en esta materia. Así, Alemania, mediante la Ley Fundamental de Bonn (art. 32), estableció que corresponde a la Federación la dirección de las relaciones con los Estados extranjeros. Sin embargo, ha estatuido la participación de los *Länder*, disponiendo que antes de la conclusión de un tratado que afecte las condiciones particulares de un *Land*, éste será oído con la debida antelación. A tal fin se ha previsto el funcionamiento de una Comisión Permanente de Representantes de los *Land*, a disposición del gobierno central, para ser consultados en la fase de la negociación²³. La intervención de los *Länder* también se manifiesta en el *Bundesrat*, que participa en el proceso interno de la conclusión del tratado.

Además, el art. 32.3 de la Ley Federal de Bonn estatuye que "en la medida en que los *Länder* tengan poder para legislar, podrán con el consentimiento del gobierno federal, concertar tratados con los Estados extranjeros". Ello significa que la capacidad de los *Länder* para convenir se da en el campo de su competencia legislativa exclusiva. La aprobación federal es una forma de supervisión preventiva, tendiente a asegurar que los acuerdos que ellos concierten no atenten en contra del interés federal (art. 32.3).

²³ PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel - PUEYO LOSA, Jorge, "Las comunidades autónomas ante el orden internacional", en *Constitución, Comunidades Autónomas y derecho internacional*, Taurus. Santiago de Compostela, 1982, ps. 43 y ss.

Suiza, en su Constitución (art. 9°), señala que excepcionalmente los cantones retienen el derecho de concluir tratados con Estados extranjeros sobre materias concernientes a economía pública, relaciones de vecindad y policía, a condición de que no contengan nada contrario a la Confederación o a los derechos de los otros cantones. Ello significa que, por regla general, el Consejo Federal se reserva la facultad de negociar los tratados y aprobarlos (arts. 85.5 y 102.7) en nombre de uno o varios cantones. Queda a estos últimos la posibilidad de tratar y concertar acuerdos autónomos con autoridades y funcionarios subordinados de otros Estados (art. 10.2); aparte de la expresada capacidad de concluir los tratados previstos por el art. 9° en el ámbito de limitación material y con aprobación del gobierno federal.

Los países de estructura unitaria o fédero-regionales, como España, han asumido el principio de la unidad de la Nación, aunque reconocen y garantizan la autonomía de las regiones y de las nacionalidades y la solidaridad entre ellas (art. 2°), a pesar de la pretensión de las distintas regiones para lograr un mayor protagonismo en la relación transaccional, trasuntada en los proyectos de sus propias estatutos.

Sin embargo, dentro del sistema español la concreción de tratados internacionales pertenece como atribución exclusiva al gobierno central, quedando limitadas las posibilidades de las Comunidades Autónomas a ejercer la iniciativa, es decir, de suscitar la apertura o inicio del proceso de concertación (art. 97, Constitución, y dec. 801/772).

Italia carece de dispositivos constitucionales o legales que institucionalicen la participación de las regiones en la concertación. Dicha intervención tiende a imponerse en la etapa previa, la de consulta e intervención operativa en los temas que afecten a sus intereses, en especial en el campo del derecho comunitario europeo, sin dejar de reconocer la exclusividad del poder del Estado en el manejo de las relaciones exteriores. Así, se ha establecido el derecho de los presidentes de las juntas de las regiones con estatuto especial, para intervenir en las sesiones del Consejo de Ministros que traten asuntos de interés específico para la región, inclusive internacionales. También se han creado comisiones especiales en el Parlamento para otorgar mayor participación a las regiones, mediante el sistema de consultas a sus autoridades, para definir los objetivos de política internacional en coordinación con sus intereses particulares.

En América, la situación de Canadá tiene relieves especiales. El manejo de las relaciones exteriores ha sido monopolizado por el gobierno central (art. 32, *British North American Act*, de 1867), lo que no ha impedido que la doctrina y la jurisprudencia promuevan una mayor participación de las provincias en las relaciones exteriores, mediante el mecanismo de consultas en la celebración de tratados y la creación de organismos vinculados al tema en las provincias (v.gr., "Ministerio de Asuntos Intergubernamentales para Québec"), con poderes de iniciativa e impulsión de la acción federal en orden a la negociación y ratificación de acuerdos.

Si bien no existen normas constitucionales que autoricen a los estados locales a ejercer el *ius contrahendi*, en la práctica, las provincias francófonas suscribieron acuerdos de cooperación con entidades partes de otros Estados federales (EE.UU. y Australia), o con Estados soberanos como Francia ("Entes culturales Franco-Quebequenses de 1965"). En esas ocasiones existió una aprobación expresa del gobierno central, o tales concertaciones fueron involucradas en el marco de un acuerdo de cobertura. En cambio, en algunos convenios con entidades no soberanas, muchas veces han marginado en su negociación al poder federal, aunque en ocasiones han contado con la autorización previa del Parlamento, pero las autoridades centrales siempre les han negado validez a los acuerdos que han pretendido surtir efecto sin autorización o intervención del Poder Nacional.

El análisis de la Constitución estadounidense tiene para nosotros singular trascendencia por la influencia que ejerció en la redacción de nuestro texto constitucional, aunque compartimos la opinión de Piombo²⁴ de que existen diferencias entre la filosofía que en este aspecto alienta a ambos textos legales.

La Constitución Americana, en su art. 1º, secc. 10, ap. 1, dispone: "...Ningún Estado podrá celebrar tratados, alianzas o confederaciones..."; pero en el ap. 3 del mismo artículo realiza una apertura del tema al establecer que "ningún Estado podrá sin el consentimiento del Congreso (...) celebrar acuerdos o pactos con otro Estado o con potencias extranjeras...". Maguer de este dispositivo autorizante, tanto la doctrina como la jurisprudencia durante mucho tiempo fueron reacias a admitir las facultades de los estados federados a realizar este tipo de actividades, más aún teniendo en cuenta el espíritu secesionista de algunos de los miembros de la Federación.

No obstante lo expresado, las necesidades actuales han posibilitado una serie de convenios y acuerdos transfronterizos entre los estados de la Unión y países europeos y con sus vecinos de Canadá, y en menor medida México, sobre aspectos parciales de comercio, transporte, seguridad, economía, industria, recursos naturales, etc., tal como lo señala en un importante trabajo Eve Rimoldi de Ladmann²⁵.

V. EL ROL DE LAS PROVINCIAS EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES LUEGO DE LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL 1994

Desde antaño de potestades entre el gobierno central y las provincias se sustentan fundamentalmente en los dispositivos del art. 121 (ex 104), que dispone que "las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Cons-

titución al gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

El art. 125 (ex art. 107), al que ya hemos hecho referencia, en su 1ª parte estatuye que: "Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común con conocimiento del Congreso federal...".

El art. 126 (ex 108) contiene cláusulas prohibitivas a la actividad de los gobiernos provinciales. A este plexo normativo debemos compatibilizarlo con las disposiciones del nuevo art. 124, cuya raigambre ancestral debemos buscarla en las cláusulas federales de las constituciones provinciales reformadas y en el "Acuerdo de Reafirmación Federal" suscripto entre el Estado federal y las provincias el 24/5/1990, más conocido como "Pacto de Luján", en especial en sus objetivos IV y VI, y los puntos Tercero, Cuarto y Quinto²⁶.

El mencionado art. 124 dispone en lo pertinente: "Las provincias (...) podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La Ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto".

La incorporación de este texto disipa las dudas y discrepancias existentes hasta el momento de la sanción de la reforma, pues un ponderado sector de la doctrina sostenía que las facultades convencionales de las provincias estaban restringidas y enmarcadas sólo y exclusivamente dentro de la autorización expresa del art. 107 (hoy 125).

De adoptarse tal criterio, solamente podrían convenir entre ellas acuerdos parciales, exclusivamente en relación con las materias y tópicos señalados en el artículo. En apoyo de esta postura restrictiva se recordaban los términos del art. 27, CN, que establece que "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 del derecho público establecido en esta Constitución". También se citan las disposiciones del art. 99, inc. 11, que en su actual redacción (sustancialmente similar a la del anterior texto art. 86, inc. 14) expresa que el presidente "(c)oncluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules".

Según nuestra opinión, que comparte una ponderada mayoría dentro de la doctrina Argentina, de acuerdo con el texto del art. 124 de la Constitución vigente, las provincias han potenciado sus facultades en orden de los acuerdos internacionales; por ello cabe analizar dos situaciones básicas que se pueden presentar:

²⁴ PIOMBO, Horacio D., *Teoría general...* cit.

²⁵ RIMOLDI DE LADMANN, Eve, "Federalismo y relaciones económicas internacionales", en *Revista Jurídica de Buenos Aires* 1991-III, p. 172.

²⁶ *Cuadernos de Federalismo*, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, nro. IV, 1990.

1. Determinar cuál será el rol de las provincias en la gestión y concertación de los tratados internacionales reservados al gobierno federal.

2. Cuáles son los convenios que pueden celebrar las provincias individualmente o en conjunto, con entidades, países u organizaciones internacionales de acuerdo con la habilitación concedida por el art. 124 y los requisitos que deben cumplirse para legitimarlos.

Con relación al primer punto, la doctrina tradicional tiene una postura tajante; v.gr., Joaquín V. González y Juan González Calderón sostienen que siendo atribución del Poder Ejecutivo concertar los tratados y correspondiendo al Congreso su aprobación o rechazo, no es posible la participación de las provincias y menos de los municipios, ni aun en las etapas de la gestión previa del acuerdo internacional. Esta postura, que no compartimos, ha sido sólidamente refutada, entre otros, por Pedro J. Frías²⁷, por Horacio Daniel Piombo en su obra sobre el tema²⁸ y por María Celia Castorina de Tarquini²⁹.

Es indudable que tanto los antecedentes que sirvieron de sustento jurídico para la redacción del art. 124, como la prudencia con que éste ha sido redactado, dejan en claro que las provincias, individualmente o en grupo, no pueden celebrar "tratados internacionales".

Esta expresión es genérica y no encuentra precisión ni aun en el derecho internacional. Por ello resulta de suma importancia deslindar y precisar la naturaleza del tratado, más aún cuando hasta 1853 las provincias, en uso de sus facultades soberanas, suscribieron acuerdos nacionales e internacionales que recibieron indistintamente el nombre de pactos, acuerdos, convenios, convención o tratados.

Para Piombo, la palabra "tratado" sugiere algo más formal, de mayor importancia y jerarquía. Pese a la amplitud del término, no todo los acuerdos son los tenidos en mira por los dispositivos constitucionales en vigor. Más todavía si se tiene presente que éstos parecen referirse a instrumentos dotados de un contenido reglado por el derecho público. Así, por ejemplo, dentro del pensamiento de Alberdi, las provincias no podían constituir ligas defensivas u ofensivas que pretendieran atentar contra los poderes de la Nación.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, que en tantas ocasiones nos ha servido de referencia, ha señalado que "los acuerdos que los estados locales no pueden celebrar, son todos aquellos que pueden poner en conflicto los poderes que los estados, al adoptar la Constitución, han delegado en el gobierno general o que usurpen el pleno y libre ejercicio de la au-

²⁷ FRÍAS, Pedro J. y otros, *Derecho público provincial*, cit., p. 380; *Cuadernos de Federalismo*, nros. III y IV, "Las provincias, la Nación y el Mundo", Instituto de Federalismo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias de Córdoba, 1990, ps. 14 y ss.

²⁸ PIOMBO, Horacio D., *Teoría general...*, cit.

²⁹ CASTORINA DE TARQUINI, María C., *Federalismo e integración*, Ediar, Buenos Aires, 1997, ps. 85 y ss.

toridad federal" ("Unión Railroad Co. v. East Tennessee Railroad" y "Virginia v. Tennessee", citados por el mencionado autor).

Para nosotros, el tratado es una convención entre Estados soberanos que puede afectar sus facultades propias y exclusivas, dentro del derecho interno. Por lo tanto, deberá ser una ley dictada por el Congreso de la Nación, o un eventual acuerdo marco, la que establezca los requisitos que deben reunir los tratados y cuya celebración quedará a cargo exclusivo del gobierno federal.

Si bien las provincias no pueden celebrar tratados con naciones extranjeras, no están impedidas de cooperar y protagonizar otras etapas de éstos. Ello es congruente con lo acordado en el Pacto de Reafirmación Federal, cuando declara que "...reafirmar el federalismo, no supone sólo redistribuir nuevamente algunas competencias o reasignar responsabilidades funcionales, sino reasumir el compromiso de asentar la convivencia futura sobre la base del respeto, la tolerancia y la garantía de igualdad de oportunidades de todas las partes que componen el Estado nacional (...) Que la desfederalización del país es un problema real cuya solución debe ser encarada efectivamente por el gobierno nacional y los gobiernos provinciales, mediante conductas que exterioricen una voluntad clara y concreta, en orden a revitalizar los principios federalistas sobre los que se asienta nuestro sistema institucional...".

El documento señala como objetivos: "...IV. Impulsar el desarrollo de un federalismo de concertación (...) VI. Asegurar que la Nación y las provincias arbitren medidas para lograr el ejercicio por parte de los estados locales de los poderes reservados que constitucionalmente le competen y que han sido indebidamente asumidos por el gobierno nacional (...) así como también adoptar las soluciones institucionales que conduzcan a una mejor participación de las provincias en el ejercicio de los poderes concurrentes con la Nación (...) Quinto: Reconocer el derecho de las provincias a realizar gestiones y acuerdos en el orden internacional para satisfacción de sus intereses locales sin lesionar las atribuciones constitucionales que en materia de política exterior le corresponden al Estado nacional (...) Sexto: En materia de poderes concurrentes o delegados a la Nación se ejecutarán políticas de concertación a través de mecanismos que aseguren la participación de las provincias y regiones en el proceso de toma de decisiones y en el control de su ejecución".

Esta contundente postura ideológica planteada en el Acuerdo de Reafirmación Federal, es congruente con nuestros antecedentes. No olvidemos que en alguna etapa de su historia (1820/1853) las provincias actuaron como sujeto de derecho internacional, con capacidad para interrelacionarse entre ellas o frente a los Estados extranjeros, ya sea en forma directa o delegando el manejo de sus relaciones en una de ellas, tal como lo sostiene Raúl Vinuesa³⁰. Para este

³⁰ VINUESA, Raúl, "Los tratados parciales entre las provincias a la luz de la Constitución Nacional y el derecho internacional", en *Memorias de las Primeras Jornadas de Derecho Público*, Buenos Aires, 1982.

autor, el Acuerdo de San Nicolás (31/5/1852) constituye para el derecho internacional un acuerdo clásico de sucesión de Estados. De tal manera, infiere que el federalismo argentino se habría consolidado a través de la delegación de soberanía de las provincias al momento de sancionarse la Constitución Argentina.

A diferencia del mencionado autor, en este aspecto, por el contrario, compartimos la opinión de Castorina de Tarquini³¹ de que el reparto de competencias entre el Estado federal y las provincias no proviene de la delegación de soberanía de las provincias, pues ellas nunca fueron Estados soberanos; cuando la ejercieron temporalmente, lo hicieron reconociendo su pertenencia al Estado nacional y en razón de necesidades fácticas. La distribución de potestades del Estado general y de las provincias deriva de la voluntad de la Convención Constituyente primigenia.

Atento a que nuestra Constitución ha otorgado al gobierno federal la exclusividad en el manejo de las relaciones exteriores, si las provincias pretendieran vincularse con algún Estado extranjero por medio de un tratado, deberán hacerlo mediante la representación necesaria del gobierno nacional, pero lo expresado no excluye la posibilidad de la celebración de preconvencios a nivel municipal o provincial, o el estudio de las bases de los futuros tratados por medio de organismos técnicos locales. En tal sentido, recordamos que el Tratado del Río San Lorenzo entre EE.UU. y Canadá, es un ejemplo preciso del camino formativo que respeta la estructura federal y el interés municipal, que es en definitiva el del hombre y su inmediatez.

Teniendo en cuenta estos ejemplos y con la intención de superar en la Argentina el proceso de sucursalización y marginación provincial, creemos necesario la integración y participación de los entes locales en determinadas etapas de los acuerdos internacionales.

En tal sentido se expresa en un meduloso trabajo Zlata Drnas de Clément³²; al analizar las relaciones de las provincias y las municipalidades en el proceso de integración del Mercosur, manifiesta que el proceso de reforma del Estado ha implicado, entre otras consecuencias, la descentralización de funciones del Estado federal hacia las jurisdicciones locales. Dentro del marco constitucional del Estado argentino en el Mercosur, existe un monopolio de la administración del Estado Nación dentro y frente al Mercosur; "sin embargo, existe un movimiento de provincias y municipios que demandan al gobierno central, la implementación de mecanismos institucionales de participación en el proceso nacional de fijación de posiciones...".

Agrega que si bien el principio de reserva de las competencias del Estado nacional en materia de relaciones internacionales continúa firmemente arraigado, "no todo lo que es exterior cae bajo su poder de decisión". Por ello distingue

entre lo que denomina "núcleo duro" y "núcleo blando" de las relaciones exteriores; concluyendo en que los acuerdos previstos por los arts. 124 y 125, CN, representan el "núcleo blando" de la política exterior de nuestro Estado, sin caer en la órbita del derecho internacional público.

Estima que la competencia provincial en materia de relaciones internacionales se extiende hasta el límite del "núcleo duro" de las competencias exclusivas del Estado nacional.

Nos señala que en esta materia hay que diferenciar una fase ascendente y otra descendente en el sistema de las relaciones interbloques. La fase ascendente de la participación de los entes subnacionales en la toma de decisiones podría darse en distintos niveles: a) en el marco del sistema institucional del bloque, lo que no está previsto en el Mercosur, o b) en el sistema interno de toma de decisión en el orden nacional.

Por fase descendente, hace referencia a la realización de las políticas de bloque (Mercosur), en el interior del país. Entiende que relacionando los arts. 75, inc. 24, y 128, CN, las provincias pasan a ser entes ejecutores de derecho común en las áreas de sus competencias. Teniendo en cuenta lo expresado, propugna la democratización del sistema institucional, implicando ello la participación de entes subnacionales (regiones, provincias y municipios) en la toma de decisiones tanto *ad intra* en la formación de la voluntad estatal, como *ad extra* (en los órganos del Mercosur), representando a las colectividades subnacionales federadas, de conformidad con sus competencias.

Coincidimos con esta opinión de la autora: las provincias deben tener adecuado protagonismo en el proceso de elaboración de las relaciones internacionales. Ello podría instrumentarse mediante la creación de comisiones integradas por representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores y de los demás ministerios nacionales interesados en la materia, junto con representantes técnicos de los gobiernos provinciales y municipales que pudieran verse afectados por la celebración de los convenios internacionales. Estas comisiones servirían como organismos consultivos en las negociaciones propias de los tratados internacionales, señalando los problemas que puede acarrear su concertación y aportando las posibles soluciones o alternativas.

Las provincias deberían también participar en una etapa previa preparatoria del acuerdo, correspondiendo al Ejecutivo y al Congreso el protagonismo exclusivo en la convención. Tampoco podría marginarse la participación de las provincias en la etapa de la ejecución del tratado, por lo que resulta aconsejable la inclusión de representantes de éstas en las comisiones que asuman la función reglamentaria para la implementación de los medios concretos de su aplicación.

Lo sugerido debería complementarse con la posibilidad de que en el seno de las delegaciones nacionales que concurren a concertar acuerdos se integren representantes de las provincias o municipios que estuvieran afectados directamente en su celebración.

La segunda pregunta que nos formulábamos se refería a qué tipo de acuer-

³¹ CASTORINA DE TARQUINI, María C., *Federalismo e integración*, cit., p. 58.

³² DRNAS DE CLEMENT, Zlata, *Relaciones de Córdoba con el Mercosur en materia de medio ambiente*, Lerner, Córdoba, 1996.

Con relación a los "convenios" internacionales que pueden celebrar las provincias, dentro de las previsiones del art. 124, CN, no pueden ser incompatibles con la política exterior de la Nación, que no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o al crédito público de la Nación. Coincidimos con Hernández en que esta expresión "convenio" utilizada por la Convención Reformadora tiende a determinar potestades con un alcance más limitado que el que tiene el Estado federal en esta materia.

En estos convenios internacionales suscriptos por las provincias con organismos extranjeros, es necesario que tome conocimiento el Congreso. Esta toma de conocimiento no necesariamente debe ser previa, ni implica autorización como condición necesaria para su validez, tal como hicimos referencia precedentemente al tratar la integración regional.

Es menester determinar cuáles son las potestades del gobierno federal cuando considera que un acuerdo puede lesionar el orden público federal, la supremacía de los poderes nacionales o excede el marco que autoriza el art. 124, CN. Al respecto, la doctrina se encuentra dividida. Un sector considera que dado que en nuestro ordenamiento no existe la condición suspensiva del sistema norteamericano, que supedita la validez del acuerdo al consentimiento del Congreso, en caso de que un convenio internacional o interjurisdiccional suscripto por una provincia pudiera lesionar el orden federal y, en consecuencia, produjera un rechazo del Congreso, lo que hasta ahora no ha sucedido, tal contingencia no priva de efectos al acuerdo, sino que sólo autoriza al gobierno federal para el ejercicio de las acciones judiciales tendientes a objetarlo ante la Corte Suprema de Justicia o, en su caso, disponer la intervención del gobierno Nacional a la provincia involucrada; compartimos esta opinión.

Para otro sector doctrinario, el acto del conocimiento debe ser seguido por la aprobación del Congreso. Dicho conocimiento implica en consecuencia un control. Si el Congreso lo rechaza, el acuerdo carecería de vigencia y validez, pues el acto desaprobatorio, sea con forma de ley o no, resulta suficiente para nulificar *per se* el convenio que infrinja el marco constitucional, sin perjuicio de la posibilidad del debido control judicial. Esta postura la mantienen Quiroga Lavié y Manuel Padilla, entre otros.

Para evitar posibles cuestionamientos, resultaría adecuado que mediante un acuerdo previo entre el Estado federal y las provincias, el Congreso dicte una ley convenio que establezca los aspectos sustanciales y procedimentales que deben respetar los estados locales para que los convenios que suscriban sean válidos.

A nuestro parecer, dado el principio de supremacía constitucional y de lealtad y cortesía federal que propugna Castorina de Tarquini, la ley convenio que regule tal materia, debería establecer que el Congreso tome conocimiento del acuerdo antes de su concertación y otorgue o niegue el consentimiento. "Sin perjuicio de lo expuesto, el previo consentimiento a las provincias para firmar tratados parciales puede ser concedido".

marco del que sea parte la Nación, en el que la aprobación de éste por el Congreso juega el rol de consentimiento".

Cabe reiterar la advertencia de Sagiés que resalta Hernández³³: "...los convenios de las provincias con entes internacionales, no deben exceder en su contenido las competencias provinciales..."; "...o las facultades concurrentes con la Nación". Además, tienen que respetar el derecho federal constitucional e infraconstitucional existente, previo y posterior al convenio provincial internacional. No deben ser incompatibles con la política exterior de la Nación, sea por razones ideológicas o compromisos políticos o económicas asumidos, ni afectar el crédito público de la Nación.

Cabe destacar que si eventualmente una o varias provincias solicitaran créditos al exterior, ello no comprometería necesariamente al Estado federal, salvo que éste hubiera asumido el rol de fiador o avalista de este tipo de operaciones.

VI. CONCLUSIÓN

A modo de colofón, nos permitimos recordar la expresión de anhelos que expresáramos junto con Ricardo Haro³⁴, cuando sosteníamos que era menester "dejar atrás una larga etapa de frustración y abrir un esperanzado camino para el desarrollo de un nuevo federalismo, basado en la convergencia antes que en la divergencia y la confrontación; en el que las entidades locales, provincias y municipios, coadyuven con el Estado federal en el logro de una verdadera unión nacional y del bienestar general, que como peraltado objetivo nos impone nuestro Preámbulo...".

El estricto cumplimiento de los objetivos de la reforma constitucional de 1994 puede servir de base para alcanzar estos altos fines.

³³ HERNÁNDEZ, Antonio M. (h), *Federalismo autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 106.

³⁴ HARO, Ricardo - ZARZA MENSAQUE, Alberto R., "Las provincias y las relaciones internacionales", *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*, nro. 884, mayo 1986.

CAPÍTULO IX
PREÁMBULOS Y DECLARACIONES GENERALES EN EL
CONSTITUCIONALISMO PROVINCIAL

por PEDRO JOSÉ FRÍAS *

I. ESTRUCTURA

Las nuevas siete constituciones se inician con el preámbulo. Su expresión literaria es conocida. Hay diferencias leves de extensión, de énfasis o de lenguaje. Hay un fondo común que proviene del texto nacional. La identidad provincial asoma en La Rioja, donde cabalgan Facundo y las montoneras, y en Santiago, con las “tradiciones provinciales”. No abundan las menciones atípicas: en San Juan la “disidencia”, como si no bastara el pluralismo, y en Salta, la “cogestión”.

Con una expresión europea, podríamos decir que nuestros preámbulos son el “imaginario” argentino, o sea, las representaciones mentales depositadas en nuestra memoria colectiva. Nos imaginamos así. Si no es nuestro presente, es nuestro “futable”. Son valores socialmente reconocidos. Los hay finales, como la paz o la justicia, y los hay instrumentales, como la participación y la representación política. El uso lógico de estas palabras fuertes no es de rigor. Son piezas; nobles para ciudadanos, no para semiólogos.

La primacía ontológica corresponde a Dios, de cuyos atributos de razón y justicia participamos. La Constitución es dictada por los representantes del pueblo.

No creemos superfluo marcar en un cuadro las preferencias del “imaginario” argentino en cada provincia:

Valores	Córdoba	Jujuy	La Rioja	Salta	San Juan	San Luis	Santiago del Estero
Dios	x	x	x	x	x	x	x
Libertad	x	x	x	x	x	x	
Igualdad	x	x	x	x	x	x	

* Profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, miembro de siete academias, presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Academia

Valores	Córdoba	Jujuy	La Rioja	Salta	San Juan	San Luis	Santiago del Estero
Solidaridad	x	x	x	x	x	x	x
Justicia	x	x		x		x	x
Educación	x	x		x		x	x
Cultura (o cultura nacional)	x	x		x		x	
Justicia social	x		x	x		x	x
Pluralismo	x			x	x	x	
Participación (o democracia participativa)	x		x	x	x	x	
Democracia			x	x		x	x
Bien común	x	x	x		x		x
Federalismo	x	x	x	x	x	x	x
Sistema representativo republicano	x	x		x			
Autonomía municipal	x	x		x			x
Derechos humanos	x	x	x	x	x	x	
Familia		x	x	x	x	x	
Salud	x		x		x		
Trabajo		x	x		x		
Paz				x		x	x
Integración regional			x	x		x	

Los valores siguientes tienen una mención: economía al servicio del hombre, orden interno, seguridad común, eliminación de privilegios, conciencia, revolución científica, cogestión, equidad, unidad nacional, disenso, racionalidad y defensa del patrimonio público.

Han sido mencionadas dos veces: vida, iniciativa privada, producción, desarrollo económico y régimen municipal.

II. GLOSA DE ALGUNOS VALORES

Glosaremos brevemente algunos de estos valores, no sin señalar que estos preámbulos, conformadores de la vida social, que no añaden poderes pero esclarecen la interpretación, se inspiran en una antropología correcta.

La libertad no es sólo la metafísica, sino la ausencia de coerción en concordancia con el art. 19, CN: nadie está obligado a lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

La igualdad suma la "igualdad de los iguales" de la jurisprudencia constitucional con la "igualdad de oportunidades" que trata de recuperar las mismas posibilidades a favor de los hijos de quienes están legítimamente en posición desigual.

La solidaridad es la corresponsabilidad con el prójimo que atenúa las tensiones entre la libertad y la igualdad.

El acceso a la justicia, la educación y la cultura es causa y efecto de la igualdad de oportunidades, pero obliga a remover los obstáculos de sectores desprotegidos.

La justicia social está más allá de la conmutativa, que se satisface con el equilibrio de las contraprestaciones, y de la justicia distributiva, que sólo atiende al mérito de las partes. La justicia social exige también lo que es debido a la condición de persona, aunque careciera de méritos.

El pluralismo es la superación de la unidad y la diversidad, que en la analogía mezcla lo semejante y lo diferente. La vida social es pluriforme, aunque no todas sus expresiones sean igualmente buenas o verdaderas. Es la necesidad de un plebiscito cotidiano la que lleva a la democracia "plural" a ser "pluralista" por la concordia cívica; pero si ha de ser finalmente valiosa, ha de tender a la unidad más que a la dispersión.

En la sociedad participativa, cada uno contribuye al destino común, tanto animando la representación política con una mayor proximidad a los funcionarios electivos, como por sistemas de consulta popular o por una participación gradual y responsable en el sector público y en el sector privado.

Y por fin el bien común, causa final del orden político: es la recta sistematización de los bienes de una sociedad en cuanto comunicable a sus miembros para su desarrollo integral y en cuanto alcanzable mediante su colaboración.

III. EL PREÁMBULO QUE SUBYACE

Creemos poder resumir en una fórmula única o común el "imaginario" argentino recogido en los preámbulos. Lo proponemos para evitar la dispersión de las varias lecturas, tanto porque la reiteración fatiga, como porque erosiona los valores que se corresponden con la antropología argentina.

Creemos que todos se articulan en cinco núcleos ideales:

— Dios, como causa final del hombre.

— La autonomía en que se apoya la autoridad local, como causa formal del Estado provincial, que legitima el dictado de una Constitución.

— El bien común, como causa final de la sociedad política, asociada a valores como la paz y la justicia que le son propios.

— La dignidad humana, asentada en la libertad, la responsabilidad y la solidaridad.

— La familia y el municipio como expresión más alta de la organización social por debajo y en la base del Estado.

Aplicando estas ideas, podríamos formular el preámbulo que sintetiza a todos y decir así:

“Los representantes del pueblo de la provincia, reunidos en Convención Constituyente por su voluntad y elección, invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia, a los efectos de afianzar su autonomía dentro del Estado democrático y social de derecho, consolidar el bien común en paz y justicia, exaltar la dignidad humana en su libertad responsable y solidaria y fortalecer la familia, el municipio, los grupos sociales intermedios y la participación, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar nuestro suelo, ordenamos esta Constitución”.

IV. PRINCIPIOS Y DECLARACIONES

1. Textos constitucionales

Comentamos ahora el cap. I de las constituciones que abarcan los artículos siguientes: Córdoba, 1º/17; Jujuy, 1º/17; La Rioja, 1º/18; Salta, 1º/16; San Juan, 1º/14; San Luis, 1º/30, excepto el 22 y 62/64; Santiago del Estero, 1º/16. Sus títulos se matizan pero nos parecen resumirse en “principios y declaraciones”. Córdoba innova con el de “declaraciones de fe política”.

2. Forma de Estado y de gobierno

Técnicamente, la democracia es la forma de Estado, y el sistema republicano, representativo y federal, la de gobierno. Hay enunciaciones modales: p. ej., La Rioja, social, y San Juan, participativo. Pero todas las provincias se organizan como Estado social de derecho, lo digan, como Córdoba, o no lo enuncien así.

El Estado social de derecho es la conjunción del Estado de derecho de raíz liberal con el constitucionalismo social, de la libertad con la igualdad, de la propiedad privada con su función social, de la libre iniciativa con la solidaridad, del sistema representativo con la participación popular.

Como lo dice la Corte Constitucional de España, no se trata de transferir al Estado cuestiones privadas, sino de una interpretación que atenúa la antigua contraposición de lo privado y lo público. Lo que la Constitución gana en buenos sentimientos, lo pierde en transparencia. Toda ley fundamental es una oferta al pueblo para que la haga suya; la del Estado social de derecho es más bien un reenvío: serán los hechos sociales los que digan qué libertad, qué igualdad o qué participación tiene cada uno.

Cabe advertir que el Estado social de derecho de linaje latino tiene una variante respecto del anglosajón: incorpora el constitucionalismo social —es decir, las declaraciones—, pero en general lo hace sobriamente, más que entre nosotros. De esto se ha explicado Manuel García Pelayo, hasta hace poco presidente de la Corte Constitucional de España: lo básico es el Estado de derecho; el Estado de bienestar se estructura mejor por medio de la legislación económica y administrativa.

A tiempo de formular y de interpretar el Estado social de derecho, convendrá tener presente la crisis del Estado de bienestar (*Welfare State*), que es su cara más conocida: crisis de funcionamiento por la multiplicación de las demandas y crisis de legitimidad por las expectativas frustradas.

3. Autonomía provincial

Ante todo, las provincias se reconocen integrantes de la Nación Argentina, afirman sus límites territoriales, reconocen que la autoridad emana del pueblo y apoyan su autonomía en el ejercicio de todos los poderes no delegados al gobierno federal.

El ciclo constituyente provincial se inicia en 1985 en una etapa de recuperación del federalismo, la que se manifiesta en las nuevas constituciones. Nuestras propuestas de entonces precisaban los rasgos menos difundidos de la autonomía provincial, que han sido recogidos en una cláusula federal.

Procederemos así: reproduciremos la cláusula federal de nuestra propuesta¹ y glosaremos las de las constituciones que comentamos.

“La provincia, en ejercicio de su autonomía:

”1) Prestará los servicios territorialmente divisibles, que no hayan sido atribuidos a otra jurisdicción;

”2) Podrá revisar los actos del interventor federal cumplidos como representante necesario de la provincia, en cuanto se apartaren de legislación preexistente [concordancias: La Rioja, art. 18; Jujuy, art. 5º, inc. 1º; Río Negro, art. 13; Santiago del Estero, art. 42];

”3) Ejercerá en los establecimientos de utilidad nacional los poderes provinciales compatibles, que se intentarán acordar con el gobierno federal [concordancias: Córdoba, art. 16, inc. 3º; Río Negro, art. 12, inc. 3º; Salta, art. 16, inc. 3º];

”4) Gestionará en el área internacional sus intereses propios, sin perjuicio de la política exterior delegada al gobierno federal [concordancias: Córdoba, art. 16, inc. 6º; La Rioja, art. 16; Jujuy, art. 3º, inc. 3º; Río Negro, art. 12, inc. 6º; San Juan, art. 189, inc. 9º];

¹ FRÍAS, Pedro J. y otros. *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 384.

"5) Concertará el cumplimiento de fines interjurisdiccionales no políticos mediante las relaciones gubernamentales, acuerdos y regiones en que sea parte [concordancias: Córdoba, art. 16, incs. 2° y 4°; La Rioja, art. 17; Jujuy, art. 3°, inc. 2°; Río Negro, art. 12, inc. 2°; San Juan, art. 189, inc. 9°; San Luis, art. 168, inc. 15; Santiago del Estero, art. 141, inc. 5°];

"6) Se asociará a sistemas de coparticipación impositiva y procurará compensar las repercusiones negativas de las políticas nacionales sobre sus recursos [concordancias: Córdoba, art. 16, inc. 4°; La Rioja, art. 17; Río Negro, art. 12, inc. 4°; Salta, art. 3°, inc. 4°; San Juan, art. 14; San Luis, art. 90];

"7) Negociará su participación, según las modalidades que se convengan, en todo órgano que gestione poderes concurrentes o regímenes concertados y en las empresas interjurisdiccionales o del Estado nacional que exploten recursos en su territorio" [concordancias: Córdoba, art. 16, inc. 2°; La Rioja, art. 17; Río Negro, art. 12, inc. 7°; Salta, art. 3°, inc. 2°].

Las concordancias mencionadas no implican redacción idéntica, pero sí coincidencia de políticas, que en su conjunto anticipan un reajuste de las relaciones Nación-provincias bajo la Constitución Nacional de 1853.

Reproducimos ahora los fundamentos de estas propuestas.

a) La división de trabajo

Por mucho tiempo no se ha formulado, y quizá no se ha percibido, cuál era el principio de asignación de servicios a prestar por las provincias. Paulatinamente la opinión de los expertos coincidió en que lo jurisdiccional o territorialmente divisible deben prestarlo las provincias o municipios, porque es a ese nivel donde mejor se percibe la necesidad, se presta más económicamente y mejor se controla. Con este criterio ha habido en la Argentina y en los Estados Unidos significativas transferencias de servicios y programas federales.

¿Con qué objeto se formula en la Constitución provincial este criterio? Para orientar, en modo pertinente, la legislación y la gestión. Pero, ¿no es obvio? No lo es desde que lo hemos redescubierto y admite excepciones impuestas por circunstancias bien diversas que aconsejan hacer la salvedad expresa de que "no hayan sido atribuidos a otra jurisdicción". Una de esas excepciones es la enseñanza universitaria, aunque hay todavía una universidad provincial en La Rioja y podría haberlas eventualmente municipales.

El principio queda formulado así en la regla federal: La provincia "prestará los servicios territorialmente divisibles, que no hayan sido atribuidos a otra jurisdicción".

b) La intervención federal

Todo se ha escrito sobre las intervenciones federales: su práctica corruptiva, la necesidad de reglamentación, etc. Llegaron los GIGAS que tu celu pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar

necesaria destitución de los funcionarios intervenidos cuando el conflicto puede resolverse con una suspensión temporaria.

Desde el otro ángulo —el provincial— se han intentado cautelas constitucionales sobre eventuales excesos del interventor, pero no hemos acumulado experiencias sobre su utilidad. ¿Con qué modalidades se formulan esas defensas?

a) Se declaran los nombramientos de la intervención transitorios y en comisión;

b) Se reconocen válidos los actos ejecutados conforme a la Constitución y leyes provinciales;

c) Se autoriza a la Legislatura a revisar todo acto que exceda el mandato transitorio de la intervención (Neuquén);

d) Al reintegrarse las autoridades electivas, se les debe promover a los cesantes acción de destitución en un término a cuyo cese deben quedar reincorporados (Misiones);

e) Se prohíben cesantías en el Poder Judicial si la intervención amplia no fue causada por dicho poder (Catamarca).

Sin perjuicio de estas defensas especiales, pero subsumiéndolas en una regla más simple y abarcadora, preferimos definir la competencia provincial por dos coordenadas: a) el eventual control de los actos del interventor cumplidos como representante necesario de la provincia en virtud de la acefalía del órgano intervenido, asegurando así la inmunidad del otro título del interventor como representante personal del presidente de la Nación para el fin político delimitado en la ley o decreto de intervención y en las instrucciones del Ministerio del Interior; b) "cuando se apartaren de legislación preexistente", siempre que dichas normas preexistentes no sean la causa de la intervención. Como es pacífica la exigencia de que el interventor se ajuste al orden jurídico provincial, se abre la competencia de las autoridades propias para corregir los actos de gestión administrativa que lo hayan transgredido.

La fórmula aconsejada es que la provincia "podrá revisar los actos del interventor federal cumplidos como representante necesario de la provincia, en cuanto se apartaren de legislación preexistente".

La cláusula no pretende ejercer un *pouvoir d'empêcher* contra el gobierno federal, pero puede obrar como disuasoria para que el orden jurídico provincial sea respetado. En este sentido, se diferencia de la "prohibición" mencionada de la Constitución de Catamarca.

La eventual revisión deberá ser signada por la prudencia, ya que es abundante la actividad legislativa de las intervenciones contemporáneas durante los gobiernos *de facto*, y naturalmente quedará limitada por los derechos adquiridos.

c) Los establecimientos de utilidad nacional en provincia

No es el caso reproducir aquí el recurrente debate sobre los poderes que las provincias pueden ejercer en los establecimientos de utilidad nacional en su

territorio (art. 67, inc. 27, CN). Hay abundante doctrina y jurisprudencia de la cual nos hemos ocupado anteriormente.

Como no admitimos la exclusión *a priori* de las facultades locales, hemos definido en la regla según la cual debe interpretarse el art. 67, inc. 27, "como facultad atribuida al Congreso para reglar las potestades del gobierno federal sobre los servicios y lugares afectados bajo su administración a un interés nacional, dentro de una provincia, definiendo las competencias provinciales que quedan excluidas en función de su naturaleza o que deben concertarse".

Para la regla federal que proponemos a la Constitución provincial, abreviamos la fórmula: la provincia "ejercerá en los establecimientos de utilidad nacional los poderes provinciales compatibles que se intentarán acordar con el gobierno federal".

¿Cuáles son los poderes incompatibles? Los que menoscaban el interés nacional. ¿Por qué definir el *status* del establecimiento con el gobierno federal? Para evitar las ambigüedades que conducen a conflictos costosos y a frecuentes humillaciones para los gobiernos provinciales. La regla no exige que "se acuerden" para su validez sino como política legislativa apropiada para la interrelación de las competencias.

d) La gestión internacional de intereses propios

Velada por demasiado tiempo, esta facultad provincial ha sido enunciada con la debida prudencia en la doctrina contemporánea.

El dinamismo de la vida internacional, la interdependencia creciente y, sobre todo, la integración fronteriza, han suscitado ya cierta participación de las provincias, dado que el sector privado y el público manifiestan una misma voluntad en concertar intereses con Estados limítrofes o en ocasión de acontecimientos internacionales: integración física, relaciones económicas, cooperación cultural, son la materia; visitas de delegaciones más o menos oficiales, declaraciones, aun convenios, son las formas que revisten. Es previsible que esta tendencia se fortalezca. Así escribíamos en 1972 ².

Es bien sabido que la política exterior es competencia del gobierno federal por delegación de la Constitución Nacional (arts. 27, 67, incs. 12, 14, 16 y 19, 86, inc. 14, 107 y 108). Esa competencia no puede ser compartida por las provincias, pero es oportuno formular algunas distinciones.

Además de los poderes que las provincias conservan (art. 104, CN), tienen otros concurrentes con el gobierno federal para el bienestar económico-social. La gestión de esas facultades conservadas y concurrentes puede desbordar la jurisdicción interna y traducirse en el ámbito internacional, sin por eso usurpar facultades del gobierno federal. A condición, claro está, de que en la promoción de sus intereses la provincia no comprometa negociaciones que se refieren a las

relaciones específicamente internacionales. La contratación de bienes, préstamos y servicios está dentro de esas facultades de las provincias y nada obsta tampoco a que promuevan su turismo o sus productos en el exterior. Con lo que se comprende que no toda gestión argentina en el extranjero está reservada al gobierno federal.

La afirmación de una facultad provincial lleva de suyo dos advertencias: las ventajas de la coordinación con la política global de la Nación y las limitaciones que a la gestión provincial pueden provenir de los poderes delegados al gobierno federal: uso de divisas, garantías bancarias, asesoramiento de instituciones nacionales, importación y exportación, serán algunas de las condiciones más frecuentes que, exigiendo intervención del gobierno federal, dan a éste oportunidad de control y recusación.

La fórmula propuesta para la regla federal en la Constitución local es muy simple: la provincia "gestionará en el área internacional sus intereses propios, sin perjuicio de la política exterior delegada al gobierno federal".

e) La gestión interjurisdiccional: relaciones gubernamentales, tratados y regiones

Una amplia exposición nuestra y el Congreso de La Plata de 1984, con sus esclarecedores aportes, nos autorizan una remisión.

La fórmula propuesta para la regla federal dice así: la provincia "concertará el cumplimiento de fines interjurisdiccionales no políticos mediante las relaciones gubernamentales, acuerdos y regiones en que sea parte".

Cabe observar a propósito de ella:

a) Es tan general que esconde su rica realidad contemporánea, destinada a nuevos desarrollos, pero es preferible un enunciado constitucional amplio que permita reglamentaciones secundarias que disciplinen, sin la inmovilidad de la Ley Fundamental, lo que sea necesario especialmente en cuanto a los convenios interjurisdiccionales, afectados hoy de cierta improlijidad.

b) El verbo "concertar" es clave: tiene honda sugestión y se relaciona directamente con el *pactum foederis*; designa la experiencia convencional por arriba de las fronteras políticas. Lo hemos utilizado tempranamente para promover un federalismo de concertación.

c) La gestión convencional interjurisdiccional no política —según el límite fijado por el art. 107, CN— se expresa actualmente a través de las relaciones intergubernamentales, los tratados —acuerdos o convenios— y la vida regional, institucionalizada o no. Son instrumentos de coordinación con un marco institucional, como los consejos federales en el ámbito de las relaciones gubernamentales, o con un órgano propio al cual se delegan competencias, como los entes interjurisdiccionales (comités de cuencas hídricas, Corebe, etc.).

d) En virtud de esta concertación, la asignación de competencias originarias puede ser corregida con la incorporación de nuevas escalas para problemas

² FRÍAS, Pedro J., *Introducción al Derecho Público Provincial*, Depalma, 1973, pág. 115.

que las requieren, con lo cual encuentran solución las deficiencias funcionales sobrevinientes posibles en el régimen federal. Se quiere decir, entonces, que a fines interjurisdiccionales no políticos está autorizada la delegación de competencias, como ya lo presupone el art. 107, CN.

f) La política concertada de ingresos

Nos referiremos específicamente a la coparticipación federal, por una parte, y por otra, al conjunto de los efectos negativos de las políticas nacionales sobre las finanzas provinciales.

La coparticipación impositiva entra en otra etapa en que debe ajustar su distribución primaria entre la Nación y el conjunto de las provincias a favor de éstas, para compensar la detracción de fondos coparticipados en reemplazo de aportes previsionales y el costo de servicios transferidos. Habrá también iniciativas para rectificar la distribución secundaria entre las provincias mismas a favor de las de desarrollo rezagado.

Respecto del sistema de coparticipación, parece prudente no condicionar la adhesión de la provincia a la ley-convenio por el temor a una prematura desconstitucionalización de las pautas, como se observa en alguna provincia patagónica. Es inevitable que se contrapongan, a condición de armonizarse, la voluntad de las provincias ricas de proteger sus recursos por medio del índice población de la distribución secundaria, y la voluntad de los Estados pobres de incrementarlos mediante un índice igualitario.

Menos conocido es el conjunto de los reflejos de las políticas nacionales —cambiaria, salarial, inflación, etc.—, sobre la integridad de los recursos tributarios, tanto de propia recaudación como participados por las provincias.

La política cambiaria y arancelaria tiene efectos sectoriales según la protección efectiva que ofrece a cada uno de los productos. Cuando esos productos están asociados a regiones determinadas, el efecto sectorial resulta acompañado de un efecto regional.

La inflación es un producto social mediato, pero de inmediata fuente monetaria: la emisión como recurso fiscal.

Las provincias no tienen medios operativos específicos para neutralizar la repercusión de estas políticas nacionales sobre su economía y sus finanzas. Su desequilibrio presupuestario ha necesitado de aportes del Tesoro Nacional, además de los que reciben con destino específico. Las modalidades varían entre préstamos a interés, anticipos a cuenta de la coparticipación, asignaciones condicionadas y asignaciones globales.

La provincia tiene derecho a compensar esos efectos negativos. Abrimos recién el debate, de manera que no se esperen sugerencias ortodoxas que pueden evolucionar ciertos aportes hasta volverse obligatorios para el Tesoro Nacional, o se imagine un sistema de coparticipación en la emisión monetaria que, sin afectar el monopolio constitucional del gobierno federal (art. 67, inc. 5°,

CN), establezca por ley o ley-convenio una distribución primaria y otra secundaria entre provincias.

La fórmula que se propone para la regla federal de la Constitución provincial puede parecer demasiado simple. No ofrece otro mérito que el de “constitucionalizar” el sistema de coparticipación sin imponerle condiciones, pero al mismo tiempo abrir las vías de una negociación trascendente que proteja a la provincia de una subordinación indeseable a políticas nacionales que hacen imposible toda previsión presupuestaria.

Decimos así: la provincia “se asociará a sistemas de coparticipación impositiva y procurará compensar las repercusiones negativas de las políticas nacionales sobre sus recursos”.

También es necesaria una palabra de los economistas.

g) La participación de la provincia en la administración federal o interjurisdiccional

Si se admite que la intervención de la sociedad provincial por medio del Congreso suele ser tardía porque la gestación de la ley condiciona su deliberación, también se debe admitir la trascendencia de la política que auspiciamos para la participación de las provincias como tales en la administración federal o interjurisdiccional.

Tenemos dicho que el camino para una nueva vinculación entre los gobiernos provinciales y el gobierno federal, para, en suma, un federalismo como sistema, no debe pasar sólo por el Congreso ni por las negociaciones no regladas que llevan con tanta frecuencia a los gobernadores a la Capital Federal. Debe asegurarse el acceso de las provincias a los órganos de estudio y decisión de la administración federal, cuando el interés de las provincias adquiere una intensidad particular.

Esa “intensidad” que legitima el interés participativo de la provincia se localiza de dos modos: o en los órganos de gestión de poderes concurrentes o regímenes concertados —v. gr., Comisión Federal de Impuestos o Sistema Nacional de Planeamiento—, o en las empresas interjurisdiccionales o del Estado nacional que explotan recursos en su territorio: hidrocarburos, agua y energía, uranio, etc.

La Comisión Federal de Impuestos es un ejemplo de la propuesta; a nivel provincial nuclear, Mendoza.

La fórmula ha preferido decir, muy simplemente, que la provincia “negociará su participación”, y, no, perentoriamente, “participará”, ya que no depende de su sola voluntad.

Y de paso, al introducir el verbo “negociar”, nos remontamos a aquel “federalismo de negociación” con que designamos la superación del “federalismo preceptivo” originario.

4. Vigencia del orden constitucional y defensa de la democracia

En *La defensa política en la Argentina* (Depalma, 1951) tuvimos oportunidad de interpretar las normas tuitivas del texto constitucional de 1949. La inestabilidad de medio siglo ha promovido una legislación que se integra con la ley nacional y se ha expandido en las constituciones provinciales. Intentaremos sistematizar su contenido:

— La Constitución no pierde vigencia; es deber de todos restablecerla: Córdoba, art. 17; Jujuy, art. 6º, inc. 4º; La Rioja, art. 12; Río Negro, art. 7º; Salta, art. 2º.

— Los usurpadores serán sancionados: todas menos Santiago del Estero.

— Los ciudadanos tienen derecho a resistir la usurpación: Córdoba, art. 17; Jujuy, art. 6º, inc. 5º; La Rioja, art. 12º; Río Negro, art. 7º; Salta, art. 2º; San Juan, art. 123.

— Lo obrado por fuerza es nulo: Córdoba, art. 17; Río Negro, art. 7º; San Juan, art. 124.

Hay otras previsiones menos uniformes. Jujuy, La Rioja y San Juan reproducen normas del texto constitucional de 1949, según las cuales no se reconoce a organizaciones que sustenten principios opuestos a las libertades, derechos y garantías consagrados en las constituciones o que fueren atentatorias al sistema democrático republicano. Nos remitimos a la interpretación que hicimos en el libro citado.

En cuanto al párrafo final del art. 17 de la Constitución de Córdoba que declara nula toda condena pronunciada contra funcionarios electivos durante el período en que hubieran conservado inmunidades de no mediar la interrupción del orden constitucional, nos parece preferible que quede a los jueces derivar las consecuencias del principio de vigencia de la Constitución.

5. Cultos

a) La transición

Estaba pendiente una transición en materia religiosa cuando se iniciaron los debates constitucionales en Córdoba, La Rioja, Jujuy, Salta, San Juan, San Luis y Santiago del Estero. Se podía temer una pequeña guerra, pero yo era más bien optimista: había, en efecto, cierto paralelo entre la doctrina del Concilio Vaticano II, que derivaba hacia la autonomía y la cooperación de las relaciones con los Estados, y la relativa secularización de la sociedad argentina, que no cancela su identidad cristiana porque adivina que no encontrará mejores razones de vivir.

Y, en efecto, no hubo guerra de religión. Hubo tensiones aquí y allá, un debate de siete horas en Salta, alguna reacción en Jujuy al suprimir el sostenimiento del culto, una abstención de quince convencionales radicales en Córdoba por disconformidad con la enseñanza religiosa optativa. Previsible. Las convenciones también en esto demostraron dos signos de una nueva cultura política: acentuación de la concordia y atenuación del ideologismo.

b) *La vexata quaestio*

La materia religiosa a discusión de las convenciones era la siguiente:

— La invocación de Dios, en todos los preámbulos, menos en la fórmula sancionadora de San Juan.

— La cláusula de religión era en todas la de cooperar al sostenimiento del culto religioso, como en el art. 2º, CN, con dos excepciones: San Juan no tenía norma y Córdoba era confesional: la religión católica era la religión de la provincia.

— Ninguna de las constituciones imponía que el gobernador perteneciera a la comunión católica, como lo hace la nacional, pero la exigencia estaba implícita desde que Salta, La Rioja y Córdoba imponían el juramento por Dios, la Patria y los Santos Evangelios. Jujuy y San Luis no invocaban los Evangelios, mientras que San Juan y Santiago del Estero no imponían fórmula religiosa.

— Así como el presidente ejercía el patronato para la presentación de obispos ordinarios y pase de ciertos documentos pontificios, algunos gobernadores tenían facultades para el vicepatronato en la presentación de curas párrocos. Las constituciones de Jujuy, La Rioja y Salta conservaban esta facultad que cayó en justificado desuso a fines del siglo XIX y que ha desaparecido legalmente en virtud del acuerdo con la Santa Sede.

c) *Libertad e igualdad de cultos*

Las innovaciones constitucionales han sido prudentes:

— Dios está en todos los preámbulos, aun en San Juan.

— Cuatro provincias mantienen la fórmula de cooperación con el culto y tres se alejan de esta declaración. Cabe destacar que Córdoba eligió una fórmula que se correlaciona con el art. 1º del acuerdo con la Santa Sede, y en su 2ª parte, con el art. 16 de la Constitución española. Dice que “de acuerdo con su tradición cultural, reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana el libre y público ejercicio de su culto. Las relaciones entre ésta y el Estado se basan en los principios de autonomía y cooperación. Igualmente garantiza a los demás cultos su libre y público ejercicio, sin más limitaciones que las que prescriben la moral, las buenas costumbres y el orden público”. Éstas son las restricciones a la libertad de cultos en todos los textos; restricciones que no existen para la libertad de conciencia. Todos han prohibido también obligar a declarar la religión que se profesa. Río Negro reconoce “la tradición cultural de la fe católica” (art. 28).

— Se han suprimido el vicepatronato y el juramento católico. San Luis lo conserva por “Dios y la Patria”, como en su texto anterior.

Esto significa que en las ocho provincias hay libertad e igualdad de cultos, a pesar de las referencias a la Iglesia Católica. ¿Cómo así? Es así porque la cooperación al sostenimiento del culto repite la fórmula nacional, pero no tiene ningún contenido práctico. Consagra un valor socialmente reconocido, pero no sanciona un comportamiento, porque presupuesto de culto hay sólo en el nacio-

Digamos, para concluir, que hay otras declaraciones de orden moral y religioso; algunas, no todas, garantizan la inviolabilidad de la vida desde la concepción; pero como la desincriminación del aborto es competencia nacional, la fórmula sólo tendría importancia en su caso dentro de las políticas de salud. En materia de enseñanza prevalece la laica en las escuelas públicas, pero Salta, San Luis y Córdoba acreditan como derecho de los padres la enseñanza religiosa optativa.

Hay algo trascendente en todo esto: las provincias han encontrado el modo de asegurar libertad e igualdad a todos los cultos sin forzar el silencio de Dios. Ni confesional ni neutral, el nuevo derecho público provincial ha escapado a los ideologismos de la impiedad sin vulnerar el pluralismo posible.

d) Libertad de conciencia

La Santa Sede ha presentado a la Conferencia de Seguridad Europea, que viene celebrándose en Viena, una lista de diez puntos para ser debatidos por las treinta y cinco delegaciones que la integran. Este decálogo "para el ejercicio efectivo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de convicción", exige, según el texto vaticano, lo siguiente:

- a) Libertad para los padres de transmitir a sus hijos sus propias convicciones religiosas, tanto personalmente como con la ayuda de la comunidad;
- b) Libertad para la familia, de modo que los padres vean respetadas, en cualquier oferta educativa, las convicciones religiosas de sus hijos;
- c) Libertad para que todas las personas puedan recibir individual o colectivamente, o en el ámbito de su comunidad, una enseñanza religiosa;
- d) Libertad para todas las comunidades de creyentes para organizarse según su propia estructura jerárquica e institucional;
- e) Libertad para todas las comunidades de creyentes para que puedan elegir y formar a sus futuros ministros del culto;
- f) Libertad para todas las comunidades de creyentes para poseer y utilizar los edificios y lugares de culto, conforme a las necesidades reales de sus miembros;
- g) Libertad para todas las comunidades de creyentes de editar y difundir libros y publicaciones sobre su religión;
- h) Libertad para todas las comunidades de creyentes para poseer y utilizar sus propios medios de información y acceso a los distintos medios de comunicación públicos;
- i) Libertad para el individuo y para las comunidades de creyentes para tener contactos y asambleas comunes con correligionarios en su propio país y en el extranjero;
- j) Libertad para cualquier creyente de disfrutar de igualdad efectiva respecto del resto de los ciudadanos, en todos los aspectos de la vida civil, económica, social y cultural, sin temer discriminaciones.

6. Límites

Se declaran límites de cada provincia los que por derecho le correspondan.

Santiago del Estero y Jujuy apelan a la jurisdicción histórica; Santiago del Estero hace reserva de "las cesiones e integraciones que pudieren hacerse como resultado de los tratados interprovinciales" (art. 2º), que requieren en tal caso ley del Congreso.

San Juan requiere una mayoría de tres cuartos de diputados y aprobación por consulta popular (art. 6º).

7. Indelegabilidad de funciones, responsabilidad y publicidad de los actos

La delegación de facultades es una *vexata quaestio*, pero se debe entender como necesaria para mantener la identidad de funciones de los órganos de poder. Las excepciones son justificadas cuando se trata de dotar de poderes a entes interjurisdiccionales, como la Corporación Regional del Bermejo (Corebe) y tantos otros.

Expresión del Estado de derecho es la responsabilidad declarada respecto del poder público y de sus agentes, como falta del servicio y con reintegro por parte del causante.

La publicidad de los actos, conforme a la ley, es exigencia del sistema republicano, y la declaración patrimonial de los funcionarios antes y después de su desempeño es uno de sus aspectos éticos.

Las demandas contra el Estado, consecuencia de su responsabilidad, son reguladas para otorgarle un plazo de cumplimiento que puede ser de tres meses, después del cual queda habilitado el acreedor para ejecutar y embargar.

8. Prelación de normas e inconstitucionalidad de oficio

Tiende a difundirse la defensa de la Constitución por la prohibición a los jueces de aplicar normas contrarias a las Constituciones nacional y provincial declarándolas aun de oficio, según un control atípico que había prefigurado Catamarca. Las consecuencias de la declaración jurisdiccional varían: o se deroga la disposición, o el superior tribunal debe notificar a los poderes públicos correspondientes para la corrección de la norma cuestionada.

Es la consecuencia explícita ahora de la prelación de normas, pues son supremas las de ambas Constituciones, las nacionales que se dicten en su consecuencia y los tratados —incluso los interprovinciales, se los mencione o no—.

LA REGLA FEDERAL EN LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL

por PEDRO JOSÉ FRÍAS *

I. ADVERTENCIA

La cuestión federal argentina es una sola pero admite dos lecturas: a nivel nacional y a nivel provincial. Ambos niveles se deben coherencia, como partes de un sistema.

Se relacionará primero, en quince proposiciones, un federalismo posible en la Argentina finisecular; en la segunda parte se recortará el diseño para que pueda ser operable en una constitución provincial.

De este federalismo posible hay que recordar:

— que es el de la Constitución Nacional, actualizado para nuestro tiempo, y no requiere reforma alguna de las leyes fundamentales, salvo para reducir los legislativos bicamerales a una sola sala;

— que aunque apoyado en la experiencia comparada, es una respuesta para el “aquí y ahora” argentino;

— que se inspira no sólo en la asignación de competencias sino en la interrelación entre ellas; no sólo en la misión del gobierno federal de presidir la unión, sino en la convergencia de todas las jurisdicciones políticas hacia el bien común de la Constitución; no sólo en el ejercicio de la autonomía, sino de la participación que, junto a todas las formas de corresponsabilidad social, atenúa las tendencias concentracionarias de la sociedad tecnológica.

Los fundamentos que expondremos podrían extenderse considerablemente con reflexiones nuestras anteriores, a que remitiremos en cada caso. La propuesta de una regla federal o automática en la constitución provincial queda abierta al debate y a correcciones ulteriores: no es exhaustivo ni hay fórmulas consagradas.

II. EL FEDERALISMO POSIBLE EN LA ARGENTINA FINISECULAR

Sin agotarlo, cabe formular en quince proposiciones el federalismo posible en la Argentina finisecular. Hélas aquí:

1. Autonomía y participación

La forma de Estado federal debe ser mantenida y actualizada, porque aparte de sus raíces históricas, asegura autonomía y participación que son va-

* Profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, miembro de siete academias, presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

lores del país deseado. Otro régimen puede realizar esos valores, acaso con menor costo operativo, pero sólo parcialmente, y no con la misma calidad ¹.

2. Intervención federal

La intervención federal debe ser reglamentada en el orden nacional, si se tiene en cuenta que en el lapso 1930-1981 las provincias han sido regidas 18,65% de ese período por intervenciones federales y durante 28,33% por gobiernos *de facto* que se le asimilan, que más los interventores militares y los funcionarios “a cargo” suman el 48,83% de ese tiempo. Se deberá tener presente que no siempre requerirá la destitución de los funcionarios intervenidos, pudiendo ser suficiente su suspensión temporaria.

3. Asignación de servicios

El federalismo opera como descentralización política territorial en un Estado que asume con plenitud la unidad de decisión y ejecución para los fines y servicios jurisdiccionalmente indivisibles, como las relaciones exteriores, la defensa nacional y la macroeconomía.

Esta afirmación plantea la división de trabajo entre el gobierno federal y los provinciales: lo que es territorialmente divisible debiera ser gestión de los entes locales, salvo ponderadas excepciones, como las universidades ².

4. Federalismo de concertación

La asignación de competencias no queda sólo en descentralización administrativa, porque es operada por gobiernos locales que no se subordinan al gobierno nacional sino en cuanto éste tutela los fines indivisibles que expresa la Constitución. La convergencia de unos y otros al bien común se asegura mediante la concertación entre jurisdicciones para proseguir políticas complementarias exigidas por la escala del problema y por la concurrencia de facultades entre Nación y provincias ³.

5. Administración interjurisdiccional

Esa concertación conduce a la administración interjurisdiccional que está contribuyendo activamente a la integración física del país, a disminuir la rigidez inevitable de la asignación de competencias, a vencer el aislamiento en el

¹ FRÍAS, Pedro J., *Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 82. Las citas sin otra mención se remiten a esta obra.

² FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., p. 44.

³ FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., ps. 85, 89, etc.

ejercicio de ellas y a negociar desde el interior de la decisión política o administrativa. Ejemplos: tratados y convenios múltiples, comités de cuencas hídricas, consejos federales de ministros, etc.⁴

6. Participación provincial en la administración central

La creciente participación del gobierno federal en sectores y áreas provinciales y regionales debe ser correspondida con experiencias de participación de las provincias mismas en la administración central, sea dentro de las empresas del Estado nacional que explotan recursos naturales en provincias —YPF, Gas del Estado, Agua y Energía, etc., deben constituirse como empresas federativas—, sea en los órganos de la administración centralizada o descentralizada (Comisión Federal de Impuestos, Consejo Federal de Planeamiento, etc.), cuya gestión de poderes concurrentes o regímenes concertados adquiere significativa importancia⁵.

7. Establecimientos de utilidad nacional en provincia

El art. 67, inc. 27, CN, debe ser interpretado y redactado, en caso de eventual revisión, como facultad atribuida al Congreso para reglar las potestades del gobierno federal sobre los servicios y lugares afectados bajo su administración a un interés nacional, dentro de una provincia, definiendo las competencias provinciales que quedan excluidas en función de su naturaleza o las que deben concertarse.

8. Costo operativo de la autonomía provincial

El costo operativo de la autonomía provincial puede ser aligerado hasta límites razonables: podría postularse como ejemplo la Cámara Legislativa Única, ya que cualquier régimen electoral que combine con el de circunscripción y voto uninominal, permite incluir en la Cámara Única representantes del subsistema regional, que hasta ahora solían tener su expresión en el senado provincial.

9. Asignación de recursos

A la asignación de servicios debe seguir la asignación de recursos. Acompañando a la reforma del sistema impositivo nacional, las provincias deben mantener una esfera fiscal de reserva de propia recaudación y coparticipar tributos en un régimen que asegure la homogénea calidad de los servicios, la automaticidad de la percepción y la justicia interregional⁶.

⁴ FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., p. 85.

⁵ FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., ps. 47 y 88.

⁶ FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., p. 46.

Con estos objetivos, que aún no han sido alcanzados, no se asegura, sin embargo, que por obra de las políticas nacionales —cambiaría, salarial, etc.— la autonomía financiera provincial no resulte vulnerable. La evolución de la dependencia provincial puede exigir que el Estado nacional las garantice, mediante aportes obligatorios del tesoro, de las repercusiones negativas de esas políticas o que, atacando en su raíz la causa, las provincias participen en la distribución de la emisión monetaria⁷.

10. Recursos naturales

Las bases económicas de la sociedad local se desdoblaron en desarrollo tecnológico si se acierta en las fórmulas de participación dentro de las empresas del Estado nacional que explotan sus recursos, y si son equitativas las reglas de aprovechamiento, con su obligada industrialización de origen, si económicamente posible, y sus compensaciones adecuadas en regalías y tarifas⁸.

La experiencia actual de concertación aconseja reconocer nuevamente el dominio de los hidrocarburos a las provincias, con las que se convendrá un régimen de explotación que fortalezca la decisión nacional.

11. Regionalización

Es el espacio y sus interacciones los que ligan al hombre con su tierra. Es la región, y no los límites políticos, la que define su ámbito existencial. Las provincias constituyen aún el mejor nivel de asignación de competencias, pero hay evidencias de vida regional que requieren apoyo y hay problemas interjurisdiccionales que por su escala no deben ser atendidos con criterios de frontera sino de unidad. La regionalización no se agota con la creación o el reconocimiento de regiones que engloben provincias o sus partes, sino que se traduce en una útil descentralización de servicios y operaciones del gobierno (regionalización de bancos, sociedades del Estado, Tribunal Fiscal de la Nación, etc.)⁹.

12. Regiones

Las regiones de desarrollo pueden restablecerse con las variaciones que la experiencia aconseje por una norma nacional o por tratados interprovinciales que traducen mejor sus preferencias, o por una forma mixta que atenúe los riesgos de uno y otro sistema. Con la experiencia actual conviene prever objetivos de creciente ambición a diversos plazos. Por ahora, debe favorecerse la integración regional del país, reservando a las provincias de cada región la decisión de

⁷ FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., p. 147, nota.

⁸ FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., p. 215.

⁹ FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., p. 145.

objetivos y políticas de desarrollo y a las provincias individualmente la ejecución de dichos planes en sus jurisdicciones.

13. Equilibrio regional e igualdad de oportunidades

La homogeneidad en la calidad de los servicios públicos y la justicia interregional fueron ya mencionados como pautas de coparticipación impositiva. Son sólo expresión de un principio más hondo de unidad en la diversidad: el de la igualdad de oportunidades. La equidad en la distribución de los ingresos requerirá atenciones y mecanismos que sólo la creciente solidaridad nacida de la concertación podrá introducir sin un oprimente intervencionismo ¹⁰.

14. Capital Federal

La deformación demográfica del Gran Buenos Aires y los acentuados baldíos del territorio nacional requieren políticas estables y una voluntad nacional comprometida. Mientras se estudia integralmente el problema de la Capital Federal, deben descentralizarse geográficamente las funciones que no hacen a la capitalidad y revertirse el privilegio inaceptable para el habitante del distrito federal, que no paga la totalidad del costo de los servicios que recibe, sostenidos por rentas generales del presupuesto nacional, mientras las restantes jurisdicciones políticas deben afrontarlo integralmente ¹¹.

15. Federalismo como sistema

Un federalismo vivido como sistema —que no funde las competencias ni las aísle: las coordine— devolvería a los gobiernos de provincia su significación histórica, pero a la vez conquistaría la que corresponderá en el futuro a cualquier sociedad local dentro del Estado nacional: la de interpretar, conducir y representar a su sociedad ante el Estado y al Estado ante su sociedad.

III. LA AFIRMACIÓN FEDERATIVA EN LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL

1. La constitución provincial en un sistema federal cooperativo

Es sabido que en los países federales se postula la actualización del sistema bajo los nombres atrayentes de nuevo federalismo o federalismo cooperativo o concertado. Es un proceso, rico en realizaciones, que ha acrecido la conciencia sobre la interrelación de las competencias asignadas, como alternativa de un federalismo preceptivo, llamado también dual o competitivo, que las aislaba u oponía.

¹⁰ FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., p. 54.

¹¹ FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., p. 56.

Es obvio que la constitución provincial ocupa un nivel de privilegio en la convergencia de todos al bien común que se expresa en la Constitución Nacional. Por ello mismo, su identidad como constitución provincial no necesita hacer suyo todo el diseño de un federalismo posible. Su opción no es repetir la Constitución Nacional o corregirla, sino profundizar en el espesor de su propia autonomía.

Quiere decir que la constitución provincial debe preocuparse de afirmar su condición federativa bajo dos supuestos: a) cuando se trate de poderes conservados o concurrentes, y b) cuando sus modalidades de ejecución se traduzcan en políticas legislativas de significación para la ley fundamental.

La lectura técnica de la constitución dirá si esto es posible, o sea, si se logra expresar en palabras precisas modalidades que respondan a la experiencia constante, previsoras en el largo plazo y abarcadoras de las variables significativas. De lo contrario, caeremos en el vicio de las “puras palabras” en vez de palabras puras, inmovilizaremos problemas coyunturales o cuestiones disputadas.

2. Reserva de poderes y derechos

Entre el preámbulo y el art. 1º, las constituciones provinciales suelen identificarse. La provincia de Buenos Aires lo hace en el art. 1º con una fórmula de probada ortodoxia, que puede mantenerse: “La provincia de Buenos Aires, como parte integrante de la República Argentina, constituida bajo la forma representativa, republicana federal, tiene el libre ejercicio de todos los poderes y derechos que por la Constitución Nacional no hayan sido delegados al gobierno de la Nación” ¹².

Hay diversas fórmulas en las nuevas provincias: “Estado autónomo e inseparable de la Nación Argentina” (Neuquén); “parte indestructible e inseparable” (Santa Cruz); “en ejercicio de su autonomía y como parte integrante” de la Nación (Río Negro); “defender la plena autonomía provincial” (Chubut).

Significan así, de una vez por todas, que la descentralización territorial es la variable argentina de la unidad nacional. Autónomos en la sociedad local, pero sólo argentinos en la sociedad nacional. Una sola vocación y un mismo destino: el del pueblo argentino. No hay lugar para sumisiones que nadie debe exigir ni siquiera en nombre de su carisma o su liderazgo, pero no hay separatismos ni aislamientos en cuanto sea indivisible en la comunidad. Veinticuatro veces la Argentina, si pensamos en las veintitrés provincias y en la Ciudad de Buenos Aires.

3. Una regla federal en la constitución de la provincia

La regla federal por excelencia es el entero sistema de asignación de competencias en la Constitución Nacional, encabezado ontológicamente por el

73

¹² FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., p. 80.

art. 104. Conforme a las pautas señaladas precedentemente, resulta oportuno incorporar a la ley fundamental de la provincia una regla federal derivada, que recoja sólo políticas legislativas y administrativas en el ejercicio de los poderes conservados y concurrentes, concertados o no.

La norma proyectada será la conclusión de este informe. Ahora la explicaremos.

a) La división de trabajo

Por mucho tiempo no se ha formulado, y quizá no se ha percibido, cuál era el principio de asignación de servicios a prestar por las provincias. Paulatinamente, la opinión de los expertos coincidió en que los jurisdiccional o territorialmente divisibles deben prestarlo las provincias o municipios, porque es a ese nivel donde mejor se percibe la necesidad, se presta más económicamente y mejor se controla¹³. Con este criterio ha habido en la Argentina y en los Estados Unidos significativas transferencias de servicios y programas federales.

¿Con qué objeto se formula en la constitución provincial este criterio? Para orientar, en modo pertinente, la legislación y la gestión. Pero ¿no es obvio? No lo es, ya que lo hemos redescubierto y admite excepciones impuestas por circunstancias bien diversas que aconsejan hacer la salvedad expresa de que “no hayan sido atribuidos a otra jurisdicción”. Una de esas excepciones es la enseñanza universitaria, aunque hay todavía una universidad provincial en La Rioja y podría haberlas eventualmente municipales.

El principio queda formulado así en la regla federal: la provincia “prestará los servicios territorialmente divisibles, que no hayan sido atribuidos a otra jurisdicción”.

b) La intervención federal

Todo se ha escrito sobre las intervenciones federales: su práctica corruptiva, la necesidad de reglamentación en el orden nacional y, últimamente, la innecesaria destitución de los funcionarios intervenidos cuando el conflicto puede resolverse con una suspensión temporaria¹⁴.

¹³ FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., p. 45.

¹⁴ SOLÁ, Juan V., *Intervención federal en las provincias*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982; FRÍAS, Pedro J., “La intervención al Ejecutivo de Córdoba”, LL 154-883; SEGHESSO DE LÓPEZ ARAGÓN, María C., *Las intervenciones federales. Proyectos y doctrina (1853-1932)* (inédito); como ejemplo de destitución innecesaria el conflicto del senador Castro en Santiago del Estero, conf. RAFAEL, Juan, *El federalismo y las intervenciones nacionales*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1982. Estadística del tiempo histórico ocupado por las intervenciones en el estudio de ellas sintetizado en FRÍAS, Pedro J., “La estabilidad de los gobiernos provinciales”, *La Voz del Interior* del 1/3/1984.

Desde el otro ángulo —el provincial— se han intentado cautelas constitucionales sobre eventuales excesos del interventor, pero no hemos acumulado experiencias sobre su utilidad. ¿Con qué modalidades se formulan esas defensas?

a) se declara que los nombramientos de la intervención son transitorios y en comisión;

b) cinco reconocen válidos los actos ejecutados con arreglo a la constitución y leyes provinciales;

c) se autoriza a la legislatura a revisar todo acto que exceda el mandato transitorio de la intervención (Neuquén);

d) al reintegrarse las autoridades electivas, se les debe promover a los cesantes acción de destitución en un término a cuyo cese deben quedar reincorporados (Misiones);

e) se prohíbe las cesantías en el Poder Judicial si la intervención amplia no fue causada por dicho Poder (Catamarca).

Sin perjuicio de estas defensas especiales, pero subsumiéndolas en una regla más simple y abarcadora, preferimos definir la competencia provincial por dos coordenadas: a) el eventual control de los actos del interventor cumplidos como representante necesario de la provincia en virtud de la acefalía del órgano intervenido, asegurando así la inmunidad del otro título del interventor como representante personal del presidente de la Nación para el fin político delimitado en la ley o decreto de intervención y en las instrucciones del Ministerio del Interior; b) “cuando se aparten de legislación preexistente”, siempre que dichas normas preexistentes no sean la causa de la intervención. Como es pacífica la exigencia de que el interventor se ajuste al orden jurídico provincial, se abre la competencia de las autoridades propias para corregir los actos de gestión administrativa que lo hayan trasgredido.

La fórmula aconsejada es que la provincia “podrá revisar los actos del interventor federal cumplidos como representante necesario de la provincia, en cuanto se apartaren de legislación preexistente”.

La cláusula no pretende ejercer un *pouvoir d'empêcher* contra el gobierno federal, pero puede obrar como disuasoria para que el orden jurídico provincial sea respetado. En este sentido, se diferencia de la “prohibición” mencionada de la Constitución de Catamarca.

La eventual revisión deberá ser signada por la prudencia, ya que es abundante la actividad legislativa de las intervenciones contemporáneas durante los gobiernos *de facto* y naturalmente quedará limitada por los derechos adquiridos.

c) Los establecimientos de utilidad nacional en provincia

No es el caso reproducir aquí el recurrente debate sobre los poderes que las provincias pueden ejercer en los establecimientos de utilidad nacional en su

territorio (art. 67, inc. 27, CN). Hay abundante doctrina y jurisprudencia de la cual nos hemos ocupado anteriormente ¹⁵.

Como no admitimos la exclusión *a priori* de las facultades locales, hemos definido en II.6 la regla según la cual debe interpretarse el art. 67, inc. 27, "como facultad atribuida al Congreso para reglar las potestades del gobierno federal sobre los servicios y lugares afectados bajo su administración a un interés nacional, dentro de una provincia, definiendo las competencias provinciales que quedan excluidas en función de su naturaleza o que deben concertarse".

Para la regla federal que proponemos a la constitución provincial, abreviamos la fórmula: la provincia "ejercerá en los establecimientos de utilidad nacional los poderes provinciales compatibles que se intentarán acordar con el gobierno federal".

¿Cuáles son los poderes incompatibles? Los que menoscaban el interés nacional. ¿Por qué definir el estatus del establecimiento con el gobierno federal? Por evitar las ambigüedades que conducen a conflictos costosos y a frecuentes humillaciones para los gobiernos provinciales. La regla no exige que "se acuerden" para su validez sino como política legislativa apropiada para la interrelación de las competencias.

d) La gestión internacional de intereses propios

Velada por demasiado tiempo, esta facultad provincial ha sido enunciada con la debida prudencia en la doctrina contemporánea ¹⁶.

El dinamismo de la vida internacional, la interdependencia creciente y, sobre todo, la integración fronteriza, han suscitado ya cierta participación de las provincias, dado que el sector privado y el público manifiestan una misma voluntad en concertar intereses con Estados limítrofes o en ocasión de acontecimientos internacionales: integración física, relaciones económicas, cooperación cultural, son la materia; visitas de delegaciones más o menos oficiales, declaraciones y aun convenios son las formas que revisten. Es previsible que esta tendencia se fortalecerá. Así escribíamos en 1972.

Es bien sabido que la política exterior es competencia del gobierno federal por delegación de la Constitución Nacional (arts. 27, 67, incs. 12, 14, 16 y 19; 86, inc. 14; 107 y 108). Esa competencia no puede ser compartida por las provincias, pero es oportuno formular algunas distinciones.

Además de los poderes que las provincias conservan (art. 104, CN), tienen otros concurrentes con el gobierno federal para el bienestar económico-social. La gestión de esas facultades conservadas y concurrentes puede desbordar la jurisdicción interna y traducirse en el ámbito internacional, sin por eso usurpar facultades del gobierno federal. A condición, claro está, de que en la promoción

de sus intereses la provincia no compromete negociaciones atinentes a las relaciones específicamente internacionales. La contratación de bienes, préstamos y servicios está dentro de esas facultades de las provincias, y nada obsta tampoco a que promuevan su turismo o sus productos en el exterior. Con lo que se comprende que no toda gestión argentina en el extranjero está reservada al gobierno federal.

La afirmación de una facultad provincial lleva de suyo dos advertencias: las ventajas de la coordinación con la política global de la Nación y las limitaciones a la gestión provincial que pueden provenir de los poderes delegados al gobierno federal: uso de divisas, garantías bancarias, asesoramiento de instituciones nacionales, importación y exportación, serán algunas de las condiciones más frecuentes que, exigiendo intervención del gobierno federal, dan a éste oportunidad de control y rehusación.

La fórmula propuesta para la regla federal en la constitución local es muy simple: la provincia "gestionará en el área internacional sus intereses propios, sin perjuicio de la política exterior delegada al gobierno federal".

e) La gestión interjurisdiccional: relaciones gubernamentales, tratados y regiones

Una amplia exposición nuestra y el Congreso de La Plata de 1984 con sus esclarecedores aportes nos autorizan una remisión ¹⁷.

La fórmula propuesta para la regla federal dice así: la provincia "concertará el cumplimiento de fines interjurisdiccionales no políticos mediante las relaciones gubernamentales, acuerdos y regiones en que sea parte".

Cabe observar a propósito de ella:

a) Es tan general que esconde su rica realidad contemporánea, destinada a nuevos desarrollos, pero es preferible un enunciado constitucional amplio que permita reglamentaciones secundarias que disciplinen, sin la inmovilidad de la ley fundamental, lo que sea necesario, especialmente en cuanto a los convenios interjurisdiccionales, afectados hoy de cierta improlijidad.

b) El verbo "concertar" es clave: tiene honda sugestión y se relaciona directamente con el *pactum foederis*; designa la experiencia convencional por arriba de las fronteras políticas. Lo hemos utilizado tempranamente para promover un federalismo de concertación.

c) La gestión convencional interjurisdiccional no política —según el límite fijado por el art. 107, CN— se expresa actualmente en las relaciones intergubernamentales ¹⁸, en los tratados ¹⁹ —acuerdos o convenios— y en la vida

¹⁷ FRÍAS, Pedro J., "Convenios y entes interjurisdiccionales", LL Córdoba.

¹⁸ Abundante sistematización estadística en los países industriales. Entre nosotros las ha elencado Pablo A. Ramella.

¹⁹ Frías, Pedro J., *Introducción...*, cit., p. 103.

¹⁵ FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., ps. 199 y 233.

¹⁶ FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., p. 115.

regional ²⁰, institucionalizada o no. Son instrumentos de coordinación con un marco institucional, como los consejos federales en el ámbito de las relaciones gubernamentales, o con un órgano propio al cual se delegan competencias, como los entes interjurisdiccionales (comités de cuencas hídricas, Corebe, etc.).

d) En virtud de esta concertación, la asignación de competencias originarias puede ser corregida con la incorporación de nuevas escalas para problemas que las requieren, con lo cual encuentran solución las deficiencias funcionales sobrevinientes posibles en el régimen federal. Se quiere decir, entonces, que a fines interjurisdiccionales no políticos está autorizada la delegación de competencias, como ya lo presupone el art. 107, CN.

f) La política concertada de ingresos

Nos referiremos específicamente a la coparticipación federal, por una parte, y por otra al conjunto de los efectos negativos de las políticas nacionales sobre las finanzas provinciales.

La coparticipación impositiva ²¹ entra en otra etapa en que debe ajustar su distribución primaria entre la Nación y el conjunto de las provincias en favor de éstas, para compensar la detracción de fondos coparticipados en reemplazo de aportes previsionales y el costo de servicios transferidos. Habrá también iniciativas para rectificar la distribución secundaria entre las provincias mismas en favor de las de desarrollo rezagado ²².

Respecto del sistema de coparticipación, parece prudente no condicionar la adhesión de la provincia a la ley-convenio por el temor a una prematura desconstitucionalización de las pautas, como se observa en alguna provincia patagónica. Es inevitable que se contrapongan, a condición de armonizarse, la voluntad de las provincias ricas en proteger sus recursos por medio del índice poblacional de la distribución secundaria y la voluntad de los Estados pobres de incrementarlos mediante un índice igualitario.

Menos conocido es el conjunto de los reflejos de las políticas nacionales —cambiaría, salarial, inflación, etc.— sobre la integridad de los recursos tributarios, tanto de propia recaudación como participados por las provincias.

La política cambiaria y arancelaria tiene efectos sectoriales según la protección efectiva que ofrece a cada uno de los productos. Cuando esos productos están asociados a regiones determinadas, el efecto sectorial resulta acompañado de un efecto regional.

²⁰ FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., p. 145. La abundante literatura catalogada por el Consejo Federal de Inversiones no deja de aumentar.

²¹ FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., p. 131.

²² NIEVA, Aldo C. H., "Las finanzas públicas provinciales". *Revista Argentina de Política Económica y Social*, IPES, Buenos Aires, nro. 1, p. 27; PETREL, A. Humberto, "Coparticipación de impuestos". *Novedades Económicas*, Fundación Mediterránea, Córdoba, nro. 40, abril 1984, p. 20.

La inflación es un producto social mediato pero de inmediata fuente monetaria: la emisión como recurso fiscal.

Las provincias no tienen medios operativos específicos para neutralizar la repercusión de estas políticas nacionales sobre su economía y sus finanzas. Su desequilibrio presupuestario ha necesitado de aportes del tesoro nacional, además de los que reciben con destino específico. Las modalidades varían entre préstamos a interés, anticipos a cuenta de la coparticipación, asignaciones condicionadas y asignaciones globales ²³.

La provincia tiene derecho a compensar esos efectos negativos. Abrimos recién el debate de manera que no se esperen sugerencias ortodoxas: pueden evolucionar ciertos aportes hasta volverse obligatorios para el tesoro nacional o se puede imaginar un sistema de coparticipación en la emisión monetaria que, sin afectar el monopolio constitucional del gobierno federal (art. 67, inc. 5°, CN), establezca por ley o ley-convenio una distribución primaria y otra secundaria entre provincias ²⁴.

La fórmula que se propone para la regla federal de la constitución provincial puede parecer demasiado simple. No ofrece otro mérito que el de "constitucionalizar" el sistema de coparticipación sin imponerle condiciones, pero al mismo tiempo abrir las vías de una negociación trascendente que proteja a la provincia de una subordinación indeseable a políticas nacionales que hacen imposible toda previsión presupuestaria.

Decimos así: la provincia "se asociará a sistemas de coparticipación impositiva y procurará compensar las repercusiones negativas de las políticas nacionales sobre sus recursos".

También es necesaria una palabra de los economistas.

g) La participación de la provincia en la administración federal o interjurisdiccional

Si se admite que la intervención de la sociedad provincial por medio del Congreso suele ser tardía porque la gestación de la ley condiciona su deliberación, se debe admitir también la trascendencia de la política que auspiciamos para la participación de las provincias como tales en la administración federal o interjurisdiccional.

Tenemos dicho que el camino para una nueva vinculación entre los gobiernos provinciales y el gobierno federal, para, en suma, un federalismo como sistema, no debe pasar sólo por el Congreso ni por las negociaciones no regla-

²³ NIEVA, Aldo C. H., "Las finanzas públicas provinciales", cit.

²⁴ FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., p. 147, nota. PERDOMO, Hugo E., "Emisión monetaria y Constitución Nacional", LL del 24/10/1984, objeta la constitucionalidad de la emisión monetaria como recurso fiscal.

das que llevan con tanta frecuencia a los gobernadores a la Capital Federal. Debe asegurarse el acceso de las provincias a los órganos de estudio y decisión de la administración federal, cuando el interés de las provincias adquiere una intensidad particular ²⁵.

Esa "intensidad" que legitima el interés participativo de la provincia se localiza de dos modos: o en los órganos de gestión de poderes concurrentes o regímenes concertados —v. gr., Comisión Federal de Impuestos o Sistema Nacional de Planeamiento— o en las empresas interjurisdiccionales o del Estado nacional que explotan recursos en su territorio: hidrocarburos, agua y energía, uranio, etc.

La Comisión Federal de Impuestos es un ejemplo de la propuesta; a nivel provincial, Nuclear Mendoza.

La fórmula ha preferido decir muy simplemente que la provincia "negociará su participación", y no, perentoriamente, "participará", ya que no depende de su sola voluntad. Y de paso, al introducir el verbo "negociar", nos remontamos a aquel "federalismo de negociación" con que designamos la superación del "federalismo preceptivo" originario.

La fórmula también evoca con nostalgia la "empresa federativa" que pudo ser y que no fue. Si las empresas del Estado nacional hubieran asociado a las provincias en donde explotaban recursos, según sus reservas calculadas, conservando el gobierno federal el "paquete mayoritario" y el liderazgo técnico, un federalismo como sistema habría enriquecido las experiencias de corresponsabilidad en el sector público y corregido falsas supremacías de la Administración central.

La séptima y última fórmula de nuestra regla federal es la siguiente: la provincia "negociará su participación, según las modalidades que se convengan, en todo órgano que gestione poderes concurrentes o regímenes concertados y en las empresas interjurisdiccionales o del Estado nacional que exploten recursos en su territorio".

IV. LA REGLA FEDERAL EN LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. ENUNCIADO

Art. [...].— La provincia, en ejercicio de su autonomía:

- 1) prestará los servicios territorialmente divisibles, que no hayan sido atribuidos a otra jurisdicción;
- 2) podrá revisar los actos del interventor federal cumplidos como representante necesario de la provincia, en cuanto se apartaren de legislación preexistente;

3) ejercerá en los establecimientos de utilidad nacional los poderes provinciales compatibles, que se intentarán acordar con el gobierno federal;

4) gestionará en el área internacional sus intereses propios, sin perjuicio de la política exterior delegada al gobierno federal;

5) concertará el cumplimiento de fines interjurisdiccionales no políticos mediante las relaciones gubernamentales, acuerdos y regiones en que sea parte;

6) se asociará a sistemas de coparticipación impositiva, y procurará compensar las repercusiones negativas de las políticas nacionales sobre sus recursos;

7) negociará su participación, según las modalidades que se convengan, en todo órgano que gestione poderes concurrentes o regímenes concertados y en las empresas interjurisdiccionales o del Estado nacional que exploten recursos en su territorio.

75

²⁵ FRÍAS, Pedro J., *Introducción...*, cit., p. 47.

CAPÍTULO X

**LOS DERECHOS Y DEBERES EN NUESTRO
CONSTITUCIONALISMO SUBNACIONAL**

por ANTONIO M. HERNÁNDEZ *

I. LOS DERECHOS

1. Las fuentes nacionales e internacionales de los derechos humanos

En el derecho constitucional argentino —tanto en el orden federal como provincial—, se aprecian claramente tres etapas: 1) el constitucionalismo liberal o clásico, que consagró al Estado liberal y reconoció los derechos humanos de primera generación (civiles y políticos); 2) el constitucionalismo social, que estableció un estado social y reconoció los derechos humanos de segunda generación (derechos sociales) y 3) el constitucionalismo de la internacionalización de los derechos humanos, que concedió jerarquía constitucional a determinados tratados internacionales de derechos humanos y reconoció los derechos humanos de tercera generación.

En el orden federal, la primera etapa comenzó en 1853 y 1860, la segunda etapa en las reformas de 1949 y 1957 y la tercera etapa en la reforma de 1994. En general, se puede advertir que las constituciones provinciales se fueron adecuando a dichos cambios.

Sin embargo, en el tránsito hacia el constitucionalismo social algunas constituciones provinciales se adelantaron a la Constitución Nacional, como es el caso de las provincias de Tucumán (1907), Mendoza (1916), San Juan (1927), Entre Ríos (1933) y Buenos Aires (1934), que reconocieron los derechos sociales de los trabajadores o el voto de las mujeres, mientras que ello ocurrió en el orden federal recién en 1949 y 1957.

Y con relación a la tercera etapa ocurrió lo propio, pues las constituciones provinciales de Neuquén (1957), San Juan (1986) y Córdoba (1987) incluyeron

* Abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor titular plenario de Derecho Público Provincial y Municipal y profesor titular de Derecho Constitucional (Universidad Nacional de Córdoba). Académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y director del Instituto de Federalismo. Académico correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

entre sus disposiciones complementarias algunos tratados internacionales de derechos humanos, además de reconocer los llamados derechos humanos de "tercera generación" —como, por ejemplo, los referidos al medio ambiente previstos por la Constitución de Córdoba de 1987—, mientras que ello ocurrió en la Constitución Nacional con la reforma de 1994.

En consecuencia, y luego de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos¹, en nuestro constitucionalismo los derechos fundamentales tienen una doble fuente: la nacional y la internacional.

Y a su vez, la primera fuente se divide entre los diversos órdenes gubernamentales: federal, provinciales, de la ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipales, ya que todos ejercitan poder constituyente (aunque de diverso grado) y han sancionado las respectivas constituciones que reconocen dichos derechos².

Al referirse a los derechos en la Constitución Nacional, Germán J. Bidart Campos³ indica las siguientes normas que los reconocen: arts. 14, 20, 14 bis, 15, 16, 9º a 12, 26, 17, 7º, 8º, 19, 28, 33, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 75, incs. 17, 19, 22, 23 y 24), 43, 18 y 125 y luego de destacar la densidad de los derechos, valores y principios de la Ley Suprema, señala que hay una realimentación en-

¹ Especialmente en el art. 75, inc. 22, CN, obra de la reforma constitucional de 1994 —en la que tuvimos el honor de desempeñar la Vicepresidencia de la Comisión de Redacción—, que reconoció jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los 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 contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño.

² Aunque en el caso municipal es menester aclarar que el alcance de los derechos fundamentales reconocidos es más limitado, ya que se refiere especialmente a derechos políticos y de la vecindad, ya que no tendría mayor sentido otro reconocimiento de derechos de otro tipo, ya garantizados por las otras constituciones. También indicamos que consideramos a las cartas orgánicas municipales como verdaderas constituciones locales, ya que trasuntan el ejercicio de un poder constituyente. Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal, Parte general*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

³ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Compendio de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004, ps. 65/66. Para un análisis más detallado del sistema de derechos de nuestra Constitución, véase la misma obra, cap. VI, "El sistema de derechos"; cap. VII, "La libertad y la igualdad jurídicas"; cap. VIII, "La libertad religiosa"; cap. IX, "La Libertad de expresión"; cap. X, "La educación y la cultura"; cap. XI, "El derecho de asociarse"; cap. XII, "La libertad de contratar"; cap. XIII, "Un plexo de derechos enumerados e implícitos" (referidos a los de reunión, de petición, de circular y de casarse); cap. XIV, "Los nuevos derechos de los arts. 41 y 42" (al medio ambiente sano y de los usuarios y consumidores); cap. XV, "Los derechos implícitos"; cap. XVI, "El derecho de propiedad"; cap. XVII, "La expropiación"; cap. XVIII, "La tributación"; cap. XIX, "Los derechos sociales y el trabajo"; cap. XX, "Los derechos gremiales"; cap. XXI, "La seguridad social"; cap. XXII, "Los derechos políticos"; cap. XXIII, "Los partidos políticos"; cap. XXIV, "Las garantías"; cap. XXV, "Las garantías penales"; cap. XXVI, "Las limitaciones en el sistema de derechos"; cap. XXVII, "El amparo"; cap. XXVIII, "El hábeas data"; cap. XXIX, "El hábeas corpus"; y cap. XXX, "Los tratados internacionales".

tre las partes dogmática y orgánica⁴, Constitución además del Preámbulo y las disposiciones transitorias.

Asimismo, sostiene que hay principios que tienen raigambre constitucional como el *pro homine* (a favor de la persona, para que se elija la norma más favorable cuando se utilizan la fuente nacional y la internacional); el *pro actione* (a favor de la acción, para que los jueces con criterio garantista señalen al justiciable la mejor vía para la tutela judicial efectiva) y el *favor debilis* (para que se tome en cuenta la inferioridad de condiciones de la parte más débil en una controversia).

2. El sistema jurídico federal y regional americano de protección de los derechos humanos

En nuestra Federación existe un Poder Judicial federal y además un Poder Judicial para cada una de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁵.

El Poder Judicial de la Nación está integrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los demás tribunales inferiores, según lo dispone la Ley Suprema en el art. 108. En la última reforma constitucional federal de 1994 se in-

⁴ Adviértase que en la reforma constitucional de 1994, al no estar habilitada la reforma de los primeros 35 artículos de la Constitución, se incorporaron los nuevos derechos fundamentales a través de un nuevo capítulo en esa 1ª parte (dogmática), que comprende los arts. 36 a 43 y además, en la 2ª parte (orgánica) especialmente en el art. 75 sobre atribuciones del Congreso, en varios incisos.

⁵ El Poder Judicial Federal cuenta con 890 magistrados y fiscales de todas las instancias, mientras que dicha suma se eleva a aproximadamente 4.500 en los poderes judiciales de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pero dichas cifras no revelan adecuadamente el carácter de excepción de la justicia federal, ya que allí están incluidos magistrados y fiscales que deben ser transferidos al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En efecto, debemos aclarar que al no haberse producido todavía la transferencia de la antes llamada justicia nacional de la Capital Federal (en lo civil, comercial, laboral y penal) a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como lo dispone el art. 129, CN, todavía el gobierno federal se hace cargo de más de 500 magistrados que corresponden a aquella justicia. De tal manera que cuando se modifique la ley 24.588 —llamada de Garantías del gobierno federal mientras siga siendo Capital la Ciudad de Buenos Aires—, que hemos considerado inconstitucional por violación del mencionado art. 129 —como hemos sostenido en nuestro libro más adelante citado y en la propia Cámara de Diputados de la Nación en el debate legislativo de dicha ley—, el número de magistrados y fiscales verdaderamente "federales" se reducirá notoriamente, mientras que la suma calculada de más de 500, engrosará el número de la justicia común u ordinaria, a cargo de los poderes judiciales de las 23 provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Adviértase que hoy el Poder Judicial federal se hace cargo de 274 jueces de cámara y de 354 jueces de primera instancia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que agrupa tanto a los magistrados "federales" como los que antes eran denominados magistrados "nacionales" en lo civil, comercial, penal y laboral. En cambio, en el interior del país, el Poder Judicial federal cuenta con 172 camaristas federales y 93 jueces de primera instancia. Para un análisis más detallado sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en general sobre la descentralización del poder en la federación argentina, véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997, con Prólogo de Ger-

corporaron nuevas instituciones: el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y el Ministerio Público, en los arts. 114, 115 y 120.

La justicia "federal" es limitada, de excepción y exclusiva, ya que su competencia se encuentra fijada en los arts. 116 y 117, CN, y en las leyes reglamentarias respectivas.

La primera norma expresa: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos contra un Estado o ciudadano extranjero". A su vez, el art. 117 establece cuál es la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sólo restringida a las causas concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y a aquéllas en que una provincia sea parte ⁶.

Asimismo, el más alto tribunal tiene competencia por apelación —ordinaria y extraordinaria— para asegurar la supremacía constitucional consagrada en el art. 31, CN, y, en consecuencia, puede llegar a revisar todos los actos o normas que la desconozcan, sean provenientes de autoridad federales, provinciales o municipales, tanto ejecutivas como legislativas o judiciales.

En virtud del art. 75, inc. 12, Ley Suprema, la justicia "provincial" interviene en las causas de derecho "común", para aplicar los Códigos de fondo (Civil, Comercial, Penal, de Trabajo, de Minería, etc.), que en nuestro orden constitucional son sancionados por el Congreso de la Nación, a diferencia del precedente norteamericano, que corresponde a los Estados.

No sólo la Corte Suprema de Justicia o los tribunales superiores de las provincias ejercen el control de constitucionalidad, sino todos los jueces federales

⁶ Para un análisis sintético de esta temática, véase BIDART CAMPOS, Germán J., *Compendio de derecho constitucional*, cit., caps. XLVIII y XLIX. Desde una óptica federal, las provincias participan en la designación de los miembros de la Corte Suprema a través del Senado de la Nación, ya que aquéllos se designan por el presidente de la Nación con acuerdo del Senado, prestado en sesión pública y con dos tercios de votos de los miembros presentes, según lo establece el art. 99, inc. 4º, CN. Pero también en esta cuestión ha primado la voluntad del presidente y la mayoría de los integrantes del tribunal han sido de la Capital Federal, con escasa representación de las provincias. Asimismo, tenemos una opinión crítica sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia federal, pues en la mayoría de los casos de conflictos de competencia, se inclinó por la primacía de las atribuciones del gobierno federal por sobre las correspondientes a las provincias y municipios. Sólo en los primeros tiempos de su instalación como Poder del Estado la Corte desarrolló una mejor jurisprudencia en torno a estas cuestiones. Pero luego su jurisprudencia fue convalidando el proceso de centralización del país. O sea que la Corte Suprema, como el Senado, no se comportaron adecuadamente como garantes del federalismo. Para un análisis más acabado del federalismo argentino, véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *Federalismo*.

o provinciales, ya que nuestro sistema es difuso, como en el caso norteamericano ⁷. De ello se deriva que la función más importante que tienen los jueces es la de efectuar dicho control, que presenta diversas características en los órdenes federal y provincial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación es la cabeza del Poder Judicial federal y la intérprete final e irrevocable de la Constitución Nacional.

No obstante esto, Argentina está sujeta al sistema jurídico de la *Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*, pues la *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)* tiene jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22, en las condiciones de su vigencia. Asimismo, según el inc. 24 de ese mismo artículo, se ha posibilitado la integración supranacional, en otro de los notables avances de la reforma constitucional federal de 1994.

Por ello, en virtud del art. 64.2, Convención Americana citada, la Corte Interamericana, en ejercicio de su competencia consultiva requerida por un Estado miembro de la OEA, puede emitir opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas —por ejemplo, una constitución provincial— y la interpretación de dicho Pacto o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. También puede dictar sentencias que obliguen a modificar resoluciones dictadas por los Estados miembros.

Es interesante además destacar que el art. 28 del Pacto se refiere al problema de los Estados federales.

En efecto, la denominada "cláusula federal" prescribe lo siguiente: "1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Respecto de las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta convención. 3. Cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente convención".

También con relación a este tema debemos destacar la siguiente norma del Pacto de San José de Costa Rica: "Art. 29: Normas de interpretación.— Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de:

⁷ Véase BIANCHI, Alberto J., *El control de constitucionalidad*, 2ª ed., 2 ts., Ábaco, Buenos

"a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

"b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

"c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

"d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

Se trata, entonces, del principio *pro homine* propio del derecho internacional de los derechos humanos, que debe ser uno de los principios de interpretación para ampliar el reconocimiento de los derechos y garantías personales, que ahora tienen dos fuentes: la interna y la externa.

3. La armonía de los derechos de las constituciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con la Constitución Nacional

Tal como lo vimos en el cap. V sobre el poder constituyente de las provincias, éstas deben respetar el mandato del art. 5° de la Ley Suprema federal, que entre otros requisitos impone el de adecuación "con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional".

En virtud de ello, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al sancionar sus respectivas constituciones, incluyen en sus partes dogmáticas declaraciones, derechos y garantías. En la mayoría de los casos, y por aplicación de la norma citada, se repiten las enunciaciones de la Ley Suprema, lo que por otra parte es innecesario.

A esa armonía entre ambos órdenes estatales en esta materia, se debe sumar la disposición del art. 8°, Ley Suprema, que extiende a los ciudadanos de cada provincia los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás.

En el constitucionalismo provincial se advierte un notable desarrollo de los derechos y garantías que, como lo hemos visto, ha superado al constitucionalismo federal, lo que muestra la riqueza de nuestro derecho público provincial, como decía Alberdi.

En consecuencia, no dudamos en señalar que en virtud de la autonomía de las provincias (o de su soberanía en los aspectos no delegados), las mismas pueden ir más allá que la Ley Suprema federal en el reconocimiento de nuevos derechos y garantías. El estándar mínimo en nuestra federación es el reconocimiento efectuado por el art. 5°, pero sobre dicha base se puede avanzar —como ocurriera a lo largo de la historia—, para asegurar la dignidad humana.

¡Llegaron los GIGAS que tu celu pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar

Es cierto que ahora, luego de la reforma constitucional de 1994 —que implica el ingreso definitivo en el derecho constitucional de la internacionalización de los derechos humanos—, ello parece más difícil. Pero no es imposible, ya que siempre habrá espacio para nuevos horizontes en la lucha por la libertad y dignidad humanas. Es más, el solo análisis de algunas instituciones, como efectuaremos en los puntos siguientes, así lo demuestra.

Por otra parte, se advierte en el derecho comparado federal una revalorización de las constituciones subnacionales en este aspecto ⁸.

4. Consideración sintética de las generaciones de derechos reconocidos ⁹

Sin introducirnos en el debate sobre las generaciones de derechos (de primera, segunda, tercera o cuarta generación o de quienes las niegan por la inescindibilidad de ellos), a los fines didácticos, nos queremos referir aquí de manera general y sintética a los reconocimientos efectuados en el constitucionalismo subnacional a lo largo del tiempo.

En materia de *derechos civiles o personales*, las constituciones provinciales denotan una común filosofía personalista y humanista por la amplitud y profundidad en el reconocimiento de los derechos del hombre. Así lo expresan estas leyes supremas al indicar que "todos los habitantes" o "todas las personas" gozan de los derechos, lo que impide cualquier discriminación al respecto ¹⁰.

Se reconocen derechos y garantías, que tutelan la libertad civil —conciencia, integridad física, defensa en juicio, correspondencia y papeles privados, comunicaciones, ejercicio del trabajo o profesión, etc.—, la igualdad, la libertad religiosa, de expresión, el derecho de reunión, de petición, de asociación, de enseñar y aprender, de propiedad, entre otros derechos propios del constitucionalismo clásico.

La Constitución provincial que revela una mejor técnica de elaboración constitucional y sistematización es la de *Córdoba*. Clasifica la sección "Dere-

⁸ Recuérdese la referencia en el cap. I de este libro a la importancia de los estudios referidos a la materia en el derecho comparado y al interés suscitado en el reciente Congreso Mundial de Derecho Constitucional en Atenas, en la Comisión de Trabajo respectiva que presidimos con el profesor Robert Williams. Véase, además, la importancia de los derechos en las constituciones estatales y en el llamado "nuevo federalismo judicial" (*new judicial federalism*) de los Estados Unidos, en el libro de TARR, G. Alan, *Understanding State Constitutions*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 1998.

⁹ Para un análisis exhaustivo de los derechos en el constitucionalismo subnacional de nuestro país, véanse los caps. II sobre "Derechos individuales" de Dardo José Pérez Hualde y III sobre "Los derechos sociales y los nuevos derechos en el constitucionalismo provincial" de SEGOVIA, Juan F., *Derecho público provincial y municipal*, vol. 2, 2ª ed. act., Abalos y otros, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, La Ley, Buenos Aires, 2004.

¹⁰ Constituciones de Córdoba, art. 18; Jujuy, art. 16; La Rioja, art. 19; Salta, art. 17; San Juan, art. 15; San Luis, art. 11 y Santiago del Estero, art. 17.

chos" en cuatro capítulos: "Derechos personales", "Derechos sociales", "Derechos políticos" y "Asociaciones y sociedades intermedias"¹¹.

Dentro de los derechos personales, efectúa una enunciación de los *derechos enumerados* en el art. 19, que dice: "Todas las personas en la provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: 1) a la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal; 2) al honor, a la intimidad y a la propia imagen; 3) a la libertad e igualdad de oportunidades; 4) a aprender y enseñar, a la libertad intelectual, a investigar, a la creación artística y a participar de los beneficios de la cultura; 5) a la libertad de culto y profesión religiosa a ideológica; 6) a elegir y ejercer su profesión, oficio o empleo; 7) a constituir una familia; 8) a asociarse y reunirse con fines útiles y pacíficos; 9) a petitionar ante las autoridades y obtener respuestas y acceder a la jurisdicción y a la defensa de sus derechos; 10) a comunicarse, expresarse e informarse; 11) a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio; 12) al secreto de los papeles privados, la correspondencia, las comunicaciones telegráficas y telefónicas y las que se practiquen por cualquier otro medio; 13) a acceder, libre e igualitariamente, a la práctica del deporte".

Otras constituciones también efectúan similares reconocimientos de derechos, aunque con las particularidades propias, que van desde una Constitución demasiado escueta, como la de La Rioja, hasta una exageradamente reglamentarista, como la de Jujuy.

En las constituciones provinciales, al igual que en el art. 33, CN, se reconocen *derechos no enumerados*, en virtud de distintas fórmulas¹².

En un marco de respeto al ordenamiento jurídico fundamental emergente de los arts. 5° y 31, CN, hay además explícitas referencias a los derechos y garantías de la Ley Suprema federal en las constituciones provinciales¹³.

En cuanto a los *derechos políticos*, las constituciones provinciales hacen expresa profesión de fe democrática y republicana y enuncian el principio de la soberanía popular.

Se establece los caracteres del sufragio. Córdoba, en su art. 30, dice: "Todos los ciudadanos tienen el derecho y el deber de participar en la vida política. El voto universal, igual, secreto y obligatorio para la elección de las autoridades es la base de la democracia y el único modo de expresión de la voluntad política del pueblo de la provincia, salvo las excepciones previstas en esta Constitución...".

¹¹ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., "Derechos", en FRÍAS, Pedro J. y otros, *La Constitución de Córdoba comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2001, y "Derechos", en FRÍAS, Pedro J. y otros, *Las nuevas constituciones provinciales*, Depalma, Buenos Aires, 1989.

¹² Por ejemplo, la de Córdoba, en su art. 20, prescribe aquellos "que se derivan de la forma democrática de gobierno y de la condición natural del hombre"; y Jujuy, en el art. 17, "...que hacen a la libertad, dignidad y seguridad de la persona humana, a la esencia de la democracia y al sistema republicano de gobierno".

¹³ Córdoba, art. 18; Jujuy, art. 16, inc. 1°; La Rioja, art. 28; Salta, art. 84; San Juan, art. 40; San Luis, art. 11 y Santiago del Estero, art. 38.

Se admite la posibilidad del ejercicio de los *institutos de democracia directa o semidirecta*, como la iniciativa popular, la consulta popular, el referéndum y, en algunos casos, la revocatoria popular. Se fijan en mayor o menor medida, según las distintas leyes supremas, las bases del régimen electoral, que indican como particularidad el voto de los extranjeros ya no sólo al nivel municipal, sino también provincial, como en el caso cordobés, según lo que la ley reglamentaria prescriba.

Se constitucionaliza a los *partidos políticos*, como instrumentos fundamentales del sistema democrático.

Se incorporaron normas que regulan *acciones positivas* en razón del género, para garantizar el ingreso de la mujer en los órganos públicos de carácter electivo¹⁴.

En relación con los *derechos económicos, sociales y culturales*, casi todas las leyes supremas provinciales reconocen esta clase de derechos, que indican la pertenencia al constitucionalismo social de estos textos.

Además de prescribir dichos derechos en artículos que integran secciones o capítulos destinados a la temática, algunas constituciones también tienen otra normativa complementaria de la materia. En la de Córdoba, por ejemplo, existen las "Políticas especiales del Estado" en el Tít. II, que abarca los siguientes capítulos, "Trabajo, seguridad social y bienestar", "Cultura y educación", "Ecología" y "Economía y finanzas". La Constitución de Jujuy presenta los de "Cultura, educación y salud pública" y contiene una sección sobre "Régimen económico y financiero".

Los derechos sociales enunciados se relacionan con la protección de la familia; los derechos de los trabajadores; y en especial: 1) condiciones dignas y equitativas para el desarrollo de sus actividades; 2) jornada limitada en razón de su edad, sexo o por la naturaleza de la actividad; 3) descanso y vacaciones pagados, y licencias ordinarias o especiales; 4) retribución justa; 5) salario mínimo, vital y móvil; 6) igual remuneración por igual tarea; 7) protección contra el despido arbitrario; 8) capacitación profesional en consonancia con los adelantos de la ciencia y de la técnica; 9) higiene, seguridad en el trabajo, asistencia médica y farmacéutica, de manera que su salud esté debidamente preservada. A la mujer embarazada se le acordará licencia remunerada en el período anterior y posterior al parto y durante las horas de trabajo el tiempo necesario para lactar; 10) prohibición de medidas que conduzcan a aumentar el esfuerzo en detrimento de su salud o mediante trabajo incentivado, como condición para determinar su salario; 11) vivienda, indumentaria, y alimentación adecuadas, cuando correspondiere por ley; 12) salario familiar; 13) mejoramiento económico; 14) participación en actividades lícitas tendientes a la defensa de sus in-

¹⁴ Las acciones positivas en relación al género se extienden a otros supuestos, como el mercado laboral. Sobre el tema, CALANDRIO, Alberto y otra, "El caso 'Freddo' y las conductas punitivas como 'categorías sospechosas'", AADC, no. 192, 2003, p. 112.

tereses profesionales; 15) sueldo anual complementario; 16) reserva del cargo o empleo cuando se estableciere por la ley nacional o provincial; 17) organización sindical libre y democrática basada en la elección periódica de sus autoridades por votación.

Asimismo, se reconocen los derechos de la mujer; la protección de la niñez; los derechos de la juventud; los derechos de los discapacitados y de los ancianos ¹⁵.

Finalmente, también se advierte en las constituciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el reconocimiento de los llamados *derechos de tercera generación*, efectuados en las más recientes reformas.

Aquí mencionamos los derechos de *usuarios y consumidores*, consagrados por las Constituciones de Buenos Aires (art. 38), Catamarca (arts. 57 y 179), Chaco (art. 47), Chubut (art. 33), Córdoba (art. 29), Corrientes (art. 48), Formosa (art. 74), Jujuy (art. 73); Neuquén (art. 55), Río Negro y Tucumán (art. 42) y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 46 y 80, inc. 2º); y a un *medio ambiente sano*, como lo efectúan las leyes supremas de Buenos Aires (art. 28), Chaco (art. 38), Chubut (art. 109), Córdoba (arts. 11 y 66), Corrientes (arts. 49 a 57), Formosa (art. 38), Jujuy (art. 22); Neuquén (art. 54), La Rioja (art. 66), Río Negro (art. 84), Salta (art. 30), San Juan (art. 58), San Luis (art. 47), Santiago del Estero (art. 35), Tierra del Fuego (art. 25) y Tucumán (art. 41) y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 26), entre otros.

5. Lo específico del constitucionalismo subnacional en las siguientes materias ¹⁶

a) Libertad civil

En cuanto a la inviolabilidad del domicilio privado y de la correspondencia particular, todas las constituciones provinciales utilizan términos parecidos a la Constitución Nacional en su art. 18. La Constitución de Catamarca en su art. 23 establece que los allanamientos de domicilios deben ser efectuados por funcionarios civiles y la de Córdoba, en su art. 45, ordena que "Cuando se trate de moradas particulares, el registro no puede realizarse de noche, salvo casos sumamente graves y urgentes".

Respecto de las garantías de la inviolabilidad de la correspondencia y papeles privados, la Constitución de La Rioja, en su art. 30, referente al derecho a la privacidad, establece: "Son inviolables el domicilio, los papeles y registros de datos privados, la correspondencia epistolar y las comunicaciones de cual-

¹⁵ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., Capítulos "Derechos", en *La Constitución...*, cit. y "Derechos", en *Las nuevas constituciones...*, cit.

¹⁶ Seguimos el trabajo de DANA MONTAÑO, Salvador, "Las garantías de los derechos en el derecho público provincial argentino", *Cuadernos de los Institutos*, nro. 69. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, 1967, en los puntos 3.1, 3.2 y 3.3.

quier índole. Sólo pueden ser allanados, intervenidos, interceptados o registrados en virtud de orden escrita de juez competente.

"La ley limitará el uso de la informática para preservar el honor, la intimidad personal y familiar de los habitantes y el pleno ejercicio de sus derechos.

"El allanamiento de domicilio en horas de la noche es excepcional, debiendo el magistrado que lo dispone fundar la decisión.

"Las autoridades policiales sólo proporcionarán antecedentes penales de los habitantes en los casos previstos por la ley".

Una Constitución recientemente reformada como la del Neuquén, en su art. 67, ordena: "El domicilio es inviolable. Nadie podrá penetrar en él sin permiso de su morador, sin orden escrita de juez competente y nunca después de las diecinueve ni antes de las siete horas, salvo en caso de crimen o accidente. Sólo por orden escrita de autoridad competente, con semiplena prueba del hecho punible, podrán ser allanados los domicilios durante el día o intervenida la correspondencia, los teléfonos o papeles privados. La conformidad del afectado no suplirá el requisito del mandato judicial". Textos similares tienen las otras nuevas constituciones.

Aunque en otro punto del capítulo siguiente desarrollaremos más en detalle otros aspectos incluidos en la libertad civil, como la libertad física o de locomoción y lo relativo a la seguridad personal y sus garantías, debemos señalar una norma que abarca estas cuestiones. Se trata del art. 27, también de la Constitución del Neuquén, que dice: "Se declara inviolable la seguridad individual. Con ese carácter serán respetados: la conciencia, la integridad física, la defensa en juicio, la correspondencia de toda índole, los papeles privados, las comunicaciones telefónicas, telegráficas, cablegráficas u originadas por cualquier otro medio, así como el normal ejercicio del trabajo, profesión o medio de vida".

Debemos recordar, asimismo, que esta Constitución tiene una particularidad especial, por cuanto por el art. 21 no sólo se reconocen a los habitantes de la provincia los derechos y garantías enumerados en la Constitución Nacional y la provincial, sino también los derechos del hombre sancionados por la Organización de las Naciones Unidas en París en 1948, los cuales se dan por incorporados al texto constitucional.

b) Igualdad

Desde las primeras constituciones provinciales argentinas se estableció como principio fundamental el de la igualdad de los habitantes (v.gr., art. 47, Estatuto Provisorio santafesino de 1819; art. 1º del cap. II, Reglamento Provisorio de la Provincia de Córdoba de 1821; art. 97, Estatuto Provisorio de Entre Ríos; etc.). Dichos precedentes abonaron la magnífica fórmula del art. 16, CN.

Posteriormente, sobre todo en los textos constitucionales provinciales sancionados a partir de 1957, podemos apreciar estas importantes particularidades que desarrollan con mayor amplitud las garantías de la igualdad.



La Constitución de Misiones, en su art. 9º, establece el principio de la igualdad de oportunidades. Dicha norma expresa: "Los habitantes de la provincia tienen idéntica dignidad social y son iguales ante la ley, que deberá tener acción y fuerza uniformes para todos y asegurar igualdad de oportunidades".

Asimismo, para evitar discriminaciones, las constituciones proscriben las llamadas interdicciones o inhabilitaciones. La Constitución de Santa Cruz, en su art. 5º, dispone: "No se admitirán otras inhabilitaciones para el ejercicio de la función pública o gremial que las que surjan de esta Constitución y las que se funden en sentencia judicial", y similares disposiciones contienen las Constituciones del Chaco (art. 69), Formosa (art. 35) y Neuquén (art. 23).

Otro aspecto relevante para evitar las desigualdades económicas es el relacionado con la remoción de los obstáculos económicos y sociales, que se identifica con los postulados de justicia distributiva, alto objetivo del constitucionalismo social.

Una norma en tal sentido paradigmática es el art. 22, Constitución del Neuquén, que expresa: "Todos los habitantes tienen idéntica dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, origen étnico, idioma, religión, opiniones políticas y condiciones sociales, no existiendo fueros personales ni títulos de nobleza.

"Deberán removerse los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los habitantes, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los habitantes en la organización política, económica y social de la provincia".

Veamos, asimismo, el art. 11, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que dice: "Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad".

c) Derechos y libertades en relación inmediata con las personas

c.1. De creencias y culto

Sostuvo el distinguido profesor Dana Montaña¹⁷ que las constituciones provinciales argentinas, antiguas y vigentes en su momento, no fueron muy pródigas en garantías específicas de la libertad religiosa.

¹⁷ DANA MONTAÑA, Salvador, "Las garantías...", cit., p. 18.

Entre las antiguas, la mayoría proclamó la libertad de cultos o la inviolabilidad del culto, como Buenos Aires (1934), arts. 6º y 7º; La Rioja (1933), art. 32; Mendoza (1916), art. 6º; Salta (1929), art. 11; San Juan (1927), art. 21; San Luis (1927), art. 7º; Tucumán (1907), art. 27 y Jujuy (1935) art. 30. La de Córdoba (1923), art. 5º, estableció que se respetan y garantizan los demás cultos (no católicos), pero que "su ejercicio queda sujeto a las prescripciones de la moral y el orden público".

Como garantías específicas de este período, el jurista santafesino señaló las disposiciones de las constituciones de Entre Ríos (1934), art. 7º, que prohibió dictar leyes que restrinjan o protejan culto alguno, y de San Luis (1927), art. 7º, que, luego de establecer la misma garantía anterior, agregó que el registro del estado civil de las personas será llevado por funcionarios públicos, sin distinción de creencias religiosas.

Las nuevas constituciones provinciales, en cambio, son más explícitas en la materia. La de Chubut, en su art. 8º, reproduciendo el art. 18, Declaración Universal de los Derechos del Hombre de París de 1948, dispone: "Queda asegurada la libertad de pensamiento y de creencia. Este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestarla individualmente o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto o la observancia, sin más limitaciones que las impuestas por la moral y el orden público".

Las constituciones del Chaco (art. 16), Formosa (art. 31), Misiones (art. 10), Neuquén (art. 26) y Río Negro (art. 28) imponen dos garantías: que la provincia no podrá dictar leyes que restrinjan o protejan culto alguno y que nadie podrá ser obligado a declarar su religión.

Apartándose de estas nuevas constituciones neutras en materia religiosa, la de Santa Cruz, en su art. 4º, expresa: "La provincia reconoce los derechos de la Iglesia Católica. No sostendrá ni favorecerá culto alguno, pero podrá prestar su apoyo a la labor cultural o científica que cumplan entidades religiosas, jurídicamente organizadas, sin que ello signifique atribuirse sobre las mismas ningún derecho"; y la de Catamarca, sancionada en 1966, en su art. 4º estableció: "El gobierno de la provincia protegerá el culto católico apostólico romano, sin perjuicio de la tolerancia de cultos garantizada por la Constitución Nacional".

c.2. De expresión oral y escrita

En este punto cabe destacar igualmente los avances logrados en los textos consagrados en las nuevas constituciones provinciales, como las del Chaco (art. 18), Chubut (art. 61), Formosa (art. 10), Misiones (art. 12), Neuquén (art. 25), Río Negro (art. 26), Santa Cruz (art. 11), Santa Fe (art. 11) y Santiago del Estero (art. 19).

Consideramos que la más completa en esta línea es la Constitución de Catamarca, que en varios artículos garantiza ampliamente estos derechos y libertades.

En efecto, en el art. 10 los reconoce de esta manera: "Todo habitante de la provincia es libre de pensar, de escribir, de imprimir o de difundir, por cualquier medio, sus ideas en la medida en que no ejercite estos derechos para violar los otros consagrados por esta Constitución, o para atentar contra la reputación de sus semejantes. No podrán tampoco fundarse exclusiones o interdicciones de ninguna clase, en diferencias de opiniones o creencias".

En el artículo siguiente se garantiza la libertad de información: "La libertad que antecede comprende el libre acceso a las fuentes de información. Prohíbese el monopolio de la información gubernativa y el funcionamiento de oficinas de propaganda de la labor oficial".

Seguidamente se favorece la difusión de las ideas de la siguiente forma:

Art. 12: "Están exentos de toda clase de impuestos y gravámenes los elementos necesarios para la difusión de las ideas".

Art. 13: "Las instalaciones, talleres, locales, destinados a la publicación de diarios, revistas y otros medios de difusión de ideas, con fines científicos, literarios, políticos o artísticos no podrán ser clausurados, confiscados, decomisados ni expropiados:

"Tampoco sus labores podrán ser suspendidas, trabadas ni interrumpidas por actos o hechos de los poderes públicos que impidan o dificulten, directa o indirectamente, la libre expresión y circulación de pensamiento".

"En los procesos a que dieren lugar las causas de responsabilidad por abusos de esta libertad, no podrán secuestrarse dichos elementos".

Art. 14: "El monopolio del papel, máquinas, empresas periodísticas, etc., será severamente penado por la ley dentro del territorio de la provincia".

En cuanto al derecho de réplica, el art. 15 ordena: "Cualquier persona que se considere afectada por una publicación, podrá recurrir a la justicia ordinaria para que ella, por medio de un procedimiento sumario, ordene al autor responsable o a la empresa publicitaria la inserción en sus columnas, en el mismo lugar y con la misma extensión, la réplica o rectificación pertinente, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden (civil, penal, etc.) que correspondieran".

Para la représión de los abusos de la libertad de prensa, el art. 16 dispone: "Los abusos de la libertad de prensa serán juzgados por los tribunales ordinarios, de acuerdo con la ley especial que la Legislatura sancionará dentro de los seis meses de promulgada esta Constitución, si no configuran un delito del derecho penal. Si la Legislatura no lo hiciera dentro del plazo señalado, el Poder Ejecutivo deberá establecer las sanciones mediante decreto, dictado en acuerdo de ministros que regirá hasta que se apruebe la ley respectiva".

c.3. De reunión

Las constituciones provinciales que se refieren a este derecho utilizan fórmulas similares, garantizando su realización en lugares privados o públicos y requiriendo en este último caso un preaviso. Así lo disponen las constituciones de Buenos Aires (art. 14), Catamarca (art. 14), Córdoba (art. 14),

inc. 7°), Formosa (art. 27), Jujuy (art. 32), La Pampa (art. 21), La Rioja (art. 42), Neuquén (art. 30), San Juan (art. 50), San Luis (art. 18) y Santa Fe (art. 13).

Tal vez la Constitución que más ha desarrollado el tema es la de Misiones, que en su art. 11 establece: "Todos los habitantes de la provincia gozan del derecho de reunirse pacíficamente para tratar asuntos políticos, gremiales, económicos, religiosos, sociales, culturales o de cualquier otra índole, en locales cerrados, particulares o públicos, sin permiso previo. Sólo cuando las reuniones se realicen en lugares abiertos y públicos deberá preavisarse a la autoridad".

c.4. De petición y asociación

Respecto del derecho de petición, hacen referencia al mismo las Constituciones provinciales de Buenos Aires (art. 14), Catamarca (art. 18), Chubut (art. 18, inc. 8°), Jujuy (art. 33), La Pampa (art. 21), La Rioja (art. 41), Mendoza (art. 10), Neuquén (art. 29), Salta (art. 23), San Juan (art. 51), San Luis (art. 17), Santa Fe (art. 13) y Santiago del Estero (art. 16, inc. 6°).

Señalemos al respecto el texto de dos Constituciones, las de Mendoza y del Neuquén. La primera, en su art. 10, dice: "...así como el de peticionar individual o colectivamente, ante todas y cada una de las autoridades, sea para solicitar gracia o justicia, sea para instruir a sus representantes o para pedir la reparación de agravios, pero ninguna reunión podrá atribuirse la representación ni los derechos del pueblo.

"El derecho de petición no podrá ejercerse colectivamente por ninguna clase de fuerza armada, ni individualmente por los que formen parte de ella, sino con arreglo a las leyes". "Cualquier disposición adoptada por las autoridades, en presencia o a requisición de fuerza armada o de una reunión sediciosa que se atribuya los derechos del pueblo, es nula y jamás podrá tener efecto".

La del Neuquén, en su art. 29, ordena: "Establécese el derecho de peticionar a las autoridades, que puede ser ejercido individual o colectivamente. La publicación de dichas peticiones no dará lugar a la aplicación de penalidad alguna a los que la formulen. La autoridad a la que se haya dirigido la petición, estará obligada a hacer conocer por escrito al peticionario la resolución pertinente, que deberá producir de acuerdo con la ley y bajo las penalidades que se determinan legislativamente".

Mencionan expresamente el derecho de asociación sólo las Constituciones provinciales de Catamarca (art. 17), Chubut (art. 37), La Rioja (art. 40), Neuquén (art. 31), Río Negro (art. 14), Santiago del Estero (art. 16, inc. 5°), Chaco (art. 15, inc. 4°), Santa Fe (art. 13), Salta (art. 26), Jujuy (art. 34, inc. 1°) y San Luis (art. 22).

La más completa disposición en esta materia está contenida en el art. 14, Constitución de Río Negro: "...Queda garantizada la libertad de asociación para fines lícitos, tanto en el plano del trabajo en sindicatos y demás asociaciones profesionales, como en el plano político, cultural, religioso, espiritual, económico, social o meramente recreativo. Ninguna asociación o sociedad



podrá ser disuelta compulsivamente ni privada de su carácter de persona jurídica, sino en virtud de sentencia judicial y tienen el pleno goce de sus organizaciones, bienes, documentos y papeles, de las que no podrán ser despojadas ni aun preventivamente, sino en virtud de juicio contradictorio y por sentencia judicial”.

c.5. De enseñar y aprender

Establecen expresamente el derecho y la libertad de enseñar y aprender las Constituciones provinciales de Salta (art. 47), San Juan (art. 79), Entre Ríos (201 y 202), Río Negro (art. 60), Buenos Aires (art. 35), Catamarca (art. 9°), Chaco (arts. 78 y 79), Jujuy (art. 37), La Pampa (art. 19), La Rioja (art. 21), Mendoza (art. 35), Misiones (art. 40), San Luis (art. 24), Santa Fe (art. 11) y Santiago del Estero (art. 9°).

La Constitución de la provincia de Córdoba, al legislar las atribuciones de la Legislatura, en el art. 62, fija las bases de la educación primaria, que son las siguientes:

“1. Ejercer, el Estado provincial, función educativa obligatoria; establecer la política del sector y supervisar su cumplimiento. 2. Garantizar el derecho de aprender y de enseñar; reconocer a la familia como agente natural y primario de educación, y función educativa de la comunidad. 3. Reconocer la libertad de enseñanza. Las personas, asociaciones y municipios tienen derecho a crear instituciones educativas ajustadas a los principios de esta Constitución, las que son reconocidas según la ley. La misma reglamenta la cooperación económica del Estado con aquellas que no persigan fines de lucro. 4. Asegurar la obligatoriedad de la educación básica general y común y garantizar la igualdad de oportunidades y posibilidades para acceder a ella. 5. Asegurar el carácter gratuito, asistencial y exento de dogmatismos de la educación pública estatal. Los padres tienen derecho a que sus hijos reciban en la escuela estatal, educación religiosa o moral, según sus convicciones. 6. Promover el acceso a los habitantes, según su vocación, capacidad y mérito, a los más altos niveles de formación, investigación y creación. 7. Generar y promover medios diversos para la educación permanente; la alfabetización, creación cultural, capacitación laboral o formación profesional según las necesidades regionales. 8. Satisfacer los requerimientos del sistema educativo, en cuanto a la formación y actualización docente. 9. Asegurar en el presupuesto provincial los recursos suficientes para la prestación adecuada del servicio educativo; integrar aportes comunitarios, sectoriales y de otras jurisdicciones. 10. Incorporar obligatoriamente en todos los niveles educativos, el estudio de esta Constitución, sus normas, espíritu e institutos”.

Una Constitución que merece destacarse es la de Misiones, que en su Tít. III, sobre “Derechos sociales”, en el cap. IV reglamenta detenidamente lo relativo a la educación. En el art. 40 dice: “La libertad de enseñar y de aprender las ciencias y las artes es un derecho; **llegaron los GIGAS que tu celu pedía!** Encontrálos en www.tuenti.com.ar

tativas de ninguna especie. Es libre la investigación científica. La Cámara de Representantes proveerá por ley el establecimiento de un sistema de educación que contemple primordialmente la instrucción primaria y secundaria, y organizará la instrucción especial y superior”.

En otros artículos regula importantes aspectos: títulos o diplomas habilitantes (art. 42); creación del Consejo General de Educación autónomo (art. 43); creación de consejos escolares departamentales (art. 44); rentas de la educación (art. 45); administración y disposición de dichas rentas (art. 46) y Estatuto del Docente (art. 47).

El art. 41, por su importancia, merece ser transcripto: “Las leyes que organicen y reglamenten la educación se sujetarán a los principios y reglas siguientes:

”1. La educación primaria es común y obligatoria en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca. En las escuelas, institutos u organismos del Estado es, además, gratuita e integral.

”2. Será de caracteres fundamentalmente nacional y específicamente regional, y tendrá como finalidad capacitar para dar satisfacción a las necesidades individuales y colectivas de la vida real, orientándose a formar ciudadanos aptos para la vida democrática y para la convivencia humana con sentido de solidaridad social. Juntamente con la enseñanza primaria, secundaria y especial, se impartirán conocimientos prácticos, relacionados con los sistemas cooperativos, con las actividades agrotécnicas e industriales, según la preponderancia de las mismas en los respectivos lugares.

”3. Podrá ser recibida en escuelas, fiscales o particulares, o en el lugar. El Estado reconoce el derecho de todos a elegir libremente la escuela que corresponda a su ideal educativo. Cualquier persona o entidad podrá fundar y mantener establecimientos de enseñanza conforme a las leyes que reglamenten su funcionamiento.

”4. La provincia creará el seguro de enseñanza primaria, secundaria y universitaria, y asegurará una efectiva igualdad de oportunidades mediante el otorgamiento de becas y sistemas de créditos complementarios”.

También la Ciudad Autónoma de Buenos Aires destina los arts. 23 al 25 a la educación, dentro de las políticas especiales del Estado, que obran en el Libro primero de su Constitución.

c.6. Derechos respecto del trabajo

Casi todas las constituciones provinciales contienen normas que garantizan la libertad y derecho de trabajar: v.gr., Formosa (art. 29), Chubut (art. 6°), Catamarca (art. 7°), Jujuy (art. 38), Mendoza (art. 8°), Chaco (art. 15), Santa Cruz (art. 9°), Tucumán (art. 35), La Pampa (art. 5°), Córdoba (art. 19, inc. 6°), Chaco (arts. 28 y ss.) y Neuquén (arts. 37).

En esta materia se visualiza claramente la diferencia entre las constituciones antiguas y las modernas, que bajo el influjo del constitucionalismo social **llegaron los GIGAS que tu celu pedía!** Encontrálos en www.tuenti.com.ar

Sin embargo, cabe señalar como precursoras de la corriente que luego de 1957 se impuso, a las constituciones de Tucumán, de 1907; de San Juan, de 1927 y de Entre Ríos, de 1933.

La tucumana, en su art. 34, dice: "La legislatura reglamentará el trabajo y la salubridad en las fábricas y especialmente el trabajo de las mujeres y de los niños".

La sanjuanina, en su art. 31, expresa: "Queda reconocido a todos los habitantes de la provincia el derecho de un mínimo de seguridad económica. A este efecto se establecerá por la ley la jornada de trabajo con relación a las exigencias de la vida higiénica y el estado de desarrollo industrial y agrícola-ganadero; el salario mínimo con relación al costo de la vida; la reglamentación de los sindicatos; y el encauzamiento normal de las relaciones entre el capital y el trabajo, mediante normas legales que atribuyan a la autoridad las facultades necesarias para hacer efectivas las garantías que consagra este artículo".

La constitución entrerriana, en su art. 42, dispone: "Reglamentará con leyes especiales las condiciones de trabajo de los obreros y empleados residentes en la provincia. Reglamentará especialmente:

"a) La jornada y seguridad del trabajo con relación a la exigencia de la vida higiénica y a las condiciones del trabajo industrial y de las faenas agropecuarias.

"b) Los seguros y el socorro mutuo en caso de enfermedad, maternidad, muerte, niñez desvalida, vejez o invalidez.

"c) Las otras formas de previsión y asistencia social.

"d) El salario mínimo para los obreros del Estado, el que se fijará sobre la base del costo de la vida.

"e) La inembargabilidad del hogar de familia.

"El fomento de la construcción de viviendas higiénicas, con el concurso del Estado, sea en forma de desembolsos directos, de otorgamiento de créditos o garantías o de liberación de gravámenes.

"f) El asociacionismo gremial, debiendo fomentarlo y orientarlo.

"h) El funcionamiento de tribunales de arbitraje, de los que formarán parte representantes de asociaciones patronales y gremiales, legalmente autorizadas, para resolver los conflictos suscitados entre patronos y obreros".

Entre las nuevas constituciones consignaremos la del Chaco, que comienza el cap. III, "Derechos sociales", con el trabajo, de la siguiente manera: Art. 28: "El Estado tutela el trabajo en todas sus formas. La ley asegurará al trabajador las condiciones económicas, morales y culturales para una existencia digna y libre. Sus disposiciones revestirán carácter de orden público. El trabajo no es una mercancía".

Sobre derechos del trabajador, el art. 29 dispone: "Todo trabajador goza de los siguientes derechos:

"1) al trabajo y a la libre elección de su ocupación. La provincia estimulará la creación de fuentes de trabajo;

"2) a una retribución vital, mínima y móvil, suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia; a una remuneración anual garantizada y a una retribución anual complementaria. A igual trabajo corresponde igual retribución. El trabajo nocturno será mejor remunerado que el diurno. Queda prohibido el trabajo de los menores de dieciséis años en actividades fabriles o de talleres incompatibles con su edad;

"3) a la limitación de las jornadas de trabajo en razón de su edad y sexo y de la naturaleza de la actividad;

"4) al descanso semanal y a vacaciones anuales remunerados;

"5) a una adecuada capacitación profesional en consonancia con los adelantos de la técnica;

"6) a la seguridad en el trabajo, en forma de que su salud y moral estén debidamente preservadas. Los trabajos nocturnos, los peligrosos y los insalubres deberán ser convenientemente regulados y controlados. Normas especiales tutelarán el trabajo de las mujeres y de los menores. A los trabajadores rurales deberá proporcionarse vivienda higiénica y decorosa y controlarse su abastecimiento;

"7) a la estabilidad en el empleo y a indemnizaciones por despido arbitrario y falta de preaviso. La ley creará garantías contra el despido en masa;

"8) a la participación en las ganancias de las empresas y al control en la producción y dirección;

"9) a indemnizaciones adecuadas y seguros a cargo del empleador sobre los riesgos profesionales y a la rehabilitación integral por incapacidad;

"10) a jubilaciones y pensiones móviles;

"11) al seguro social integral y obligatorio;

"12) a la organización sindical libre y democrática".

Seguidamente, regula los derechos gremiales (art. 30), personería gremial (art. 31), fuero sindical (art. 32) y justicia del trabajo (art. 33).

Como se advierte, todas estas normas establecen derechos y garantías específicas que amplían y reglamentan los mencionados en el art. 14 bis, CN.

c.7. Derecho de propiedad, sus caracteres y expropiación

En este aspecto también se observa la diferencia entre las constituciones antiguas y las modernas, ya que las primeras, al reconocer el derecho de propiedad, le asignaron los caracteres de inviolabilidad y podríamos decir de individualismo propios de la época de sanción de dichas leyes supremas.

En cambio, las constituciones modernas reconocen la función privada de la propiedad más su función social. Así lo prescriben v.gr., las de Catamarca (arts. 8° y 50), Chaco (art. 40), Chubut (art. 20), Formosa (art. 13), La Pampa (art. 10), Neuquén (art. 24), Santa Cruz (art. 9°), Santa Fe (art. 15) y Santiago del Estero (art. 16, inc. 8°).

La Constitución de Catamarca, en su art. 8°, dispone: "La propiedad es inviolable. Ningún habitante de la provincia puede ser privado de ella, sino en

virtud de sentencia firme fundada en ley o expropiación por causas de utilidad pública o de interés social, la que en cada caso debe ser calificada por la ley y previamente indemnizada en efectivo. El derecho de propiedad no podrá ser ejercido en oposición con la función social y económica de la misma o en detrimento de la seguridad, libertad o dignidad humanas. En este sentido la ley lo limitará por medidas que encuadren en la potestad del gobierno provincial”.

Otras constituciones modernas introducen capítulos con principios para los regímenes económicos, sociales y financieros, que también fijan caracteres al derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones. Son ejemplos de ello las constituciones de Río Negro, Santa Cruz y Santiago del Estero. Veamos algunas normas de la primera carta magna. El art. 86 dice: “La economía está al servicio del hombre y debe satisfacer sus necesidades materiales y espirituales. El capital cumple una función social. Su principal objeto es el desarrollo de la Nación, de la Región y de la provincia y sus diversas formas de utilización no pueden contrariar el bien común. La ley desalienta la usura, la especulación y todas aquellas formas económicas que tiendan a dominar los mercados, eliminar la competencia o aumentar arbitrariamente las ganancias. Los beneficios del crecimiento son distribuidos equitativa y solidariamente. Los empresarios, los trabajadores y el Estado son responsables de la eficiencia, productividad y progreso de los factores económicos que participan en el proceso productivo. La actividad económica de la provincia debe orientarse sobre la base de planes que coloquen a la explotación y distribución de la riqueza, al servicio de la colectividad y el bienestar social”, y el art. 91 expresa: “El Estado defiende la producción básica y riquezas naturales contra la acción del privilegio económico y promueve su industrialización y comercialización, procurando su diversificación e instalación en los lugares de origen. Sanciona leyes de fomento para la radicación de nuevos capitales y pobladores. Se declara de interés provincial la actividad exportadora de los productores básicos de la economía rionegrina, determinándose como objetivo el logro de una adecuada rentabilidad en la colocación de estos productos, el ordenamiento del proceso y una equitativa distribución de los resultados entre los sectores intervinientes los que se procurarán a través de la unificación de la exportación. Se asegura la participación de los interesados en la planificación e implementación de las políticas provinciales en la materia”.

En cuanto a la expropiación, las constituciones provinciales siguen los lineamientos establecidos por la Constitución Nacional, o sea, utilidad pública, calificada por ley y previamente indemnizada. Así lo ordenan las de Buenos Aires (art. 31), Catamarca (art. 8°), Córdoba (art. 40), Corrientes (art. 23), Chaco (art. 40), Chubut (art. 20), Formosa (art. 47), Jujuy (art. 36, inc. 2°), La Pampa (art. 33), La Rioja (art. 60), Mendoza (art. 16), Neuquén (art. 24), Salta (art. 75), San Juan (art. 112), San Luis (art. 35), Santa Fe (art. 15) y Santiago del Estero (art. 16, inc. 8°).

Destacaremos una norma que vincula la expropiación con la función social de la tierra. Es el art. 47, Constitución de Formosa, que dice: “Las tierras

rurales, urbanas y suburbanas podrán ser expropiadas por causa de utilidad pública, calificada por ley y previamente indemnizadas. También podrán expropiarse aquellos inmuebles que no cumplan con la función social que esta Constitución asigna a la tierra. En este supuesto, la ley que lo disponga requerirá el voto de los dos tercios de los miembros de la Legislatura”.

c.8. Libertad de residencia y circulación

Siguiendo a Dana Montaña¹⁸, decimos que en cuanto a estas libertades la Constitución del Chubut expresa en su art. 18, inc. 11: “Toda persona tiene derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio de la provincia, llevando consigo sus bienes”. La del Neuquén agrega en su art. 32: “...Llevándose sus bienes, en cuanto no constituya perjuicio a terceros”. Similares disposiciones encontramos en las constituciones de Buenos Aires (art. 22), Catamarca (art. 20), Salta (art. 27), San Juan (art. 42), San Luis (art. 20) y Santiago del Estero (art. 16, inc. 7°).

c.9. Derechos de los extranjeros

Las constituciones provinciales que se refieren al tema, generalmente establecen la igualdad de derechos civiles entre nacionales y extranjeros o que no se admitirán acciones que hagan inferiores a los extranjeros. Es el caso de Buenos Aires (art. 11), Córdoba (art. 21), Chubut (art. 6°), La Rioja (art. 21), Mendoza (art. 31), Neuquén (art. 28), Salta (art. 13), Santa Fe (art. 6°) y Tucumán (art. 23).

Mencionaremos el texto santafecino: “Los habitantes de la provincia, nacionales y extranjeros, gozan en su territorio de todos los derechos y garantías que les reconocen la Constitución Nacional y la presente, inclusive la de aquellos no previstos en ambas y que nacen de los principios que las inspiran”.

Otras constituciones mencionan a los extranjeros con relación a los cargos públicos, con criterios distintos. La de Corrientes, en su art. 24, dispone que “los extranjeros no podrán ejercer empleos del orden provincial sin que previamente hayan obtenido carta de ciudadanía, con excepción del profesorado y de los cargos de carácter administrativo que requieran título profesional o científico”, mientras que las de Jujuy (art. 17) y Santiago del Estero (art. 18) son más amplias en cuanto a la cuestión. En efecto, la norma santiagueña dice: “Los extranjeros gozan en la provincia de todos los derechos civiles reconocidos a los nacionales y no podrán ser obligados a una mayor contribución fiscal en razón de su nacionalidad”.

Ya sabemos que toda norma que establece algún tipo de discriminación en razón de la extranjería sería, en principio, inconstitucional, atento a los mandatos de la Ley Suprema de la Nación en los arts. 20 y 25, a los que debe agregarse

¹⁸ DANA MONTAÑA, Salvador, “Las garantías..”, cit., p. 39.

el art. 75, inc. 18, que promueve la inversión extranjera. No debe olvidarse, además, la extraordinaria generosidad de nuestro Preámbulo, que invita a "todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino", que expresa el pensamiento alberdiano de "gobernar es poblar".

Es por ello que no puede dejar de señalarse la posible inconstitucionalidad del art. 61, Constitución de Corrientes, recientemente incorporado en la reforma de 2007, que en su párr. 3º establece: "Los extranjeros sin residencia permanente, las sociedades conformadas por ciudadanos o capitales foráneos y las sociedades sin autorización para funcionar en el país, no pueden adquirir inmuebles en las zonas determinadas en el párrafo precedente, con excepción de los extranjeros que acrediten residencia legal conforme la ley".

II. LOS DEBERES

Las constituciones que se refieren a esta cuestión no son uniformes en sus disposiciones. Algunas hacen referencia a la obligación de armarse en defensa de la Constitución y de las autoridades creadas por ella, como la de La Rioja, en su art. 12, siguiendo un criterio similar las constituciones de Río Negro (art. 46) y Santa Fe (art. 16). La de Corrientes, en su art. 17, agrega la obligación del servicio militar.

La Constitución de Tucumán, en su art. 22, establece la obligación de concurrir a las cargas públicas en las formas que las leyes lo establezcan.

Constituciones modernas, como las de Chubut (art. 23), Neuquén (art. 37) y Santiago del Estero (art. 47), mencionan al trabajo como deber social.

Una interesante disposición está contenida en el párr. 2º del art. 9º, Constitución de Misiones, que expresa: "...Cada habitante tiene el deber de contribuir de acuerdo con sus posibilidades al bienestar común y el correlativo derecho de participar de sus beneficios". Lo propio puede decirse del art. 16, Constitución de Santa Fe: "El individuo tiene deberes hacia la comunidad. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades puede quedar sometido a las limitaciones, establecidas por la ley exclusivamente, necesarias para asegurar el respeto de los derechos y libertades ajenas y satisfacer las justas exigencias de la moral y el orden público y del bienestar general".

Pero la norma más completa es la del art. 38, Constitución de la provincia de Córdoba, que expresa: "Los deberes de toda persona son: 1. Cumplir la Constitución Nacional, esta Constitución, los tratados interprovinciales y las demás leyes, decretos y normas que se dicten en su consecuencia. 2. Honrar y defender la patria y la provincia. 3. Participar en la vida política cuando la ley lo determine. 4. Resguardar y proteger los intereses y el patrimonio cultural y material de la Nación, de la provincia y de los municipios. 5. Contribuir a los gastos que demande la organización social y política del Estado. 6. Prestar servicios civiles en los casos que las leyes así lo requieran. 7. Formarse y educarse en la medida de su vocación y de acuerdo con las necesidades sociales. 8. Evitar

la contaminación ambiental y participar en la defensa ecológica. 9. Cuidar la salud como bien social. 10. Trabajar en la medida de sus posibilidades. 11. No abusar del derecho. 12. Actuar solidariamente".

Nos tocó informar esta norma en el seno de la Convención Constituyente Reformadora de la provincia de Córdoba de 1987, donde recordamos el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948, que luego de repetir la inmortal declaración del art. 1º, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa de 1789, expresa: "El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes de orden jurídico presuponen otros de orden moral que los apoyan conceptualmente y los fundamentan"¹⁹.

III. LA REAL VIGENCIA DE LOS DERECHOS Y DEBERES

Sin embargo, es menester manifestar que muchas de estas normas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no tienen plena y adecuada vigencia en la realidad²⁰.

Hemos señalado que en nuestro país *no existe un adecuado cumplimiento de la ley, motivado por un subdesarrollo cultural en materia jurídica, política y democrática*.

Asimismo, sostenemos que las *emergencias* de todo tipo: institucionales, políticas, económicas y sociales, han contribuido a la lesión del Estado de Derecho, del sistema republicano y de la plena vigencia de los derechos y garantías individuales²¹.

Creemos que desafortunadamente, la nuestra es una sociedad "anómica", como lo había señalado anteriormente Carlos Santiago Nino en su libro *Un país al margen de la ley*, y como en otros países de América Latina, existe una notoria distancia entre el texto de las normas constitucionales y la realidad y vigencia sociológica de ellas.

Hubo y hay una grave violación de los derechos humanos consagrados en los textos supremos, que lesiona su fuerza normativa y exhibe la decadencia en que se encuentra nuestro Estado de Derecho.

¹⁹ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., "Derechos", en *La Constitución...*, cit., ps. 35 y ss., donde sostenemos que los deberes se fundamentan en tres conceptos: la democracia, la naturaleza del hombre y el constitucionalismo social.

²⁰ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M. - ZOVATTO, Daniel - MORA Y ARAUJO, Manuel, *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

²¹ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *Las emergencias y el orden constitucional*, 1º ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002 y 2º ed. amp., Instituto de Investigaciones Jurídicas - Rubinzal-Culzoni, México, 2003.

Se encuentran particularmente afectados los principios de la república federal y del constitucionalismo social, habida cuenta de las desigualdades entre los habitantes y entre las provincias y regiones del país, con la presencia omni-nosa de la pobreza, la exclusión social, la corrupción y la dependencia del centralismo, que ahoga las autonomías locales.

Frente a esta situación, reiteramos que el camino no es otro que el de *luchar por la vigencia plena de nuestros órdenes constitucionales*.

En este aspecto, a lo largo de este capítulo hemos referenciado el sistema de derechos y la protección de éstos, conforme a la organización federativa del Estado.

Se ha puesto de relieve la doble fuente de los derechos, así como también las características de nuestros poderes judiciales, a los que se agrega la posibilidad de la protección de derechos a través de los sistemas regional y universal, previstos por los tratados internacionales de derechos humanos, algunos de los cuales tienen rango constitucional e integran nuestro llamado bloque de constitucionalidad federal.

Queremos poner el acento en la importancia del *control de constitucionalidad*, que es la función más importante que tiene cualquier juez en nuestro país. Demás está decir que dicho control difuso está dirigido sustancialmente a salvar la supremacía de las constituciones, que a su vez, tienen como su más importante objetivo el de asegurar la dignidad de la persona humana, conforme a la filosofía liberal, humanista y democrática que emerge de sus normas, principios y valores.

Con elocuencia, decía al respecto Joaquín V. González en su célebre *Manual de derecho constitucional*: “No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples formulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto, porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina”.

Asimismo, consideramos pertinente reiterar las diez propuestas que efectuásemos con los Dres. Zovatto y Mora y Araujo, para superar el grave problema del incumplimiento de las leyes y constituciones en nuestro país²²:

“1. Fortalecer el accionar del Congreso de la Nación y de los otros cuerpos legislativos, para el efectivo cumplimiento de sus funciones de legislación y control político de los órganos ejecutivos. Esto significa terminar con la legislación de emergencia y las prácticas abusivas de los decretos de necesidad y urgencia y legislación delegada.

”2. Garantizar la independencia efectiva de los jueces respecto de los poderes políticos y de otros grupos de presión o interés y llevar a cabo una reforma profunda de los procedimientos judiciales.

”3. Impulsar y profundizar la educación cívica y democrática en todos los niveles de la educación. No puede olvidarse al gran jurista austriaco Hans Kelsen cuando sostuvo que la primera obligación de la democracia era la educación para la misma. Esto importa la revisión de los planes de estudio en los distintos niveles, tanto del Ministerio de Educación de la Nación como de las provincias y municipios.

”4. Crear una comisión en cada cámara del Congreso, así como en las Legislaturas provinciales y Concejos Deliberantes, para dar adecuado seguimiento y control al cumplimiento de las leyes y ordenanzas sancionadas.

”5. Asegurar la instrumentación efectiva del derecho de acceso a la información para lograr no sólo un gobierno más transparente sino también una sociedad más participativa e informada.

”6. Avanzar en la reforma política, en los aspectos relativos al sistema electoral, a la democratización, modernización y fortalecimiento de los partidos políticos, con especial detenimiento en la financiación de la política. Impulsar, asimismo, la formación y capacitación de la dirigencia de los partidos políticos, con estudios interdisciplinarios, entre los que se destaque la ciencia política, el derecho constitucional, el derecho público provincial, el derecho municipal y el derecho administrativo, además de la historia argentina y la historia constitucional. En este sentido se debería dar estricto cumplimiento al art. 38, CN, que ha previsto la asignación de fondos a los partidos políticos con esta finalidad.

”7. Fortalecer la plena vigencia de la libertad de prensa y de expresión. Lograr el apoyo de los medios de comunicación, públicos y privados, para que éstos lleven a cabo una campaña pedagógica destacando la importancia de la Constitución, las leyes y las instituciones.

”8. Crear un Centro de la Constitución Nacional, para la conservación, difusión y estudio de nuestra Ley Suprema, en la histórica ciudad de Santa Fe, que fuera sede de nuestro primer Congreso Constituyente. Un notable ejemplo en la materia es el Centro de la Constitución de los Estados Unidos, inaugurado hace poco tiempo en la ciudad de Filadelfia.

”9. Exigir conocimientos de la Constitución en los exámenes para empleos y cargos públicos que se concursan, así como también para el otorgamiento de la ciudadanía argentina.

”10. Modificar los planes de estudio de las facultades de derecho para incluir la enseñanza del derecho público provincial y del derecho municipal, ya que es esencial profundizar el conocimiento correspondiente a las constituciones provinciales y a las cartas orgánicas municipales”.

²² Véase HERNÁNDEZ, Antonio M. - ZOVATTO, Daniel - MORA Y ARAUJO, Manuel, *Encuesta de cultura constitucional...*, cit., ps. 19

CAPÍTULO XI DERECHOS POLÍTICOS

por GUILLERMO E. BARRERA BUTELER *

I. INTRODUCCIÓN

El art. 20 de la Constitución de Córdoba, que siguiendo los principios del art. 33, CN, reconoce que los derechos fundamentales del hombre tienen su fuente en algo superior a los textos normativos, distingue sabiamente entre los que derivan “de la condición natural del hombre” y los que derivan “de la forma democrática de gobierno”, es decir, de una opción política que hace la comunidad, por entender que es la que resulta más compatible con esa condición natural de la persona humana y, por eso, adquiere así un carácter fundacional superior a la Constitución misma.

Esta distinción, aun cuando no aparezca explícita en algunos textos, debe considerarse contenida implícitamente, tanto en el art. 33, CN¹, como en las disposiciones de las demás constituciones provinciales que se refieren a los derechos no enumerados.

El segundo grupo está conformado por los “derechos políticos” que las constituciones provinciales reconocen y regulan partiendo de la referida opción constitucional por la democracia como forma de gobierno y del mandato del art. 5º, CN, de ajustarse al “sistema representativo republicano”.

II. LA AUTONOMÍA INSTITUCIONAL DE LAS PROVINCIAS Y LOS DERECHOS POLÍTICOS

En efecto, las provincias argentinas, en tanto verdaderos estados en ejercicio de su autonomía política, están facultadas para darse a sí mismas “sus propias instituciones locales” (art. 122, CN) y, por eso, “cada provincia dicta su propia Constitución” (art. 123, CN). Además, el ya citado art. 122 dispone que

¹ RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1960, ps. 291 y ss.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular, por concurso, en la Cátedra B de Derecho Público Provincial y Municipal de la misma Facultad.



las provincias “Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del gobierno federal”, lo que importa claramente establecer que la regulación de su propio régimen electoral es un poder conservado por cada provincia, a diferencia de la solución adoptada en la Constitución brasilera, que incluye a la materia electoral entre la competencia legislativa de la Unión ².

Ahora bien, aun siendo la materia electoral, uno de los poderes conservados por las provincias argentinas, al hallarse insertas en una relación federal que las hace ser integrantes de una comunidad mayor (el Estado federal), esa autonomía institucional debe ser ejercida dentro del marco que fija el conjunto de principios, creencias y valores fundantes de la Federación y que está contenido en la Constitución Nacional.

Por otra parte, la inserción de la Nación Argentina en la comunidad regional (continental) e internacional ha hecho que también los derechos políticos reconocidos como fundamentales por éstas se incorporen como nuevos elementos que definen el perfil del marco dentro del cual debe ejercerse esta autonomía institucional de las provincias. Esta exigencia se ha hecho más patente a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, al asignársele jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos con el alcance previsto en el art. 75, inc. 22, CN.

En consecuencia, cuando las provincias ejercen su poder constituyente para organizar sus propias instituciones están obligadas a reconocer a las personas un conjunto de derechos que les corresponden a éstas en su condición de miembros de una comunidad política democrática y que tienen reconocimiento expícito o implícito en las siguientes fuentes normativas:

a) Todo el sistema de derechos políticos gira en torno del “principio de la soberanía popular” (arts. 37 y 33, CN; art. 21, inc. 3°, DUDH).

b) Los arts. 1°, 5° y 6°, CN, que exigen, como hemos dicho, que se asegure el “sistema representativo y republicano”, lo que, entre otras cosas, implica el derecho de toda persona a “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos” (art. 21, inc. 1°, DUDH; art. 25, inc. a), PIDCyP, y art. 23, inc. 1-a), Pacto de San José de Costa Rica).

c) Como consecuencia de ello, toda persona tiene el derecho “de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas” (art. 21, DUDH; art. 25, inc. b), PIDCyP, y art. 23, inc. 1-b), Pacto de San José de Costa Rica).

d) Para hacer posible y eficaz ese derecho debe establecerse el “sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores” (art. 21, inc. 3°, DUDH; art. 25, inc. b), PIDCyP, y art. 23, inc. 1-b), Pacto de San José de Costa Rica). Estos caracteres del sufragio están

² DA SILVA, José A., *Curso de derecho constitucional positivo*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, 1989, p. 433.

reconocidos también en el art. 37, CN, que agrega además el carácter de *obligatorio*.

e) Deben asegurarse “condiciones de igualdad para tener acceso a las funciones públicas” (art. 21, inc. 2°, DUDH; art. 25, inc. c), PIDCyP, y art. 23, inc. 1-c), Pacto de San José de Costa Rica). Este principio, que tenía ya recepción en la Constitución histórica de nuestro país (art. 16, CN), encuentra una aplicación concreta y específica en el art. 37, CN, introducido por la reforma de 1994, que manda garantizar “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos”, mediante las denominadas “acciones positivas”.

f) Los *partidos políticos*, según lo dispone el art. 38, CN, deben tener asegurado su rol de “instituciones fundamentales del sistema democrático” y se les debe reconocer:

— *Competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos.*

— *Acceso a la información pública y la difusión de sus ideas.*

— *Contribución estatal a su sostenimiento económico y capacitación de sus dirigentes.*

Como contrapartida, el Estado interviene asegurando:

— *Su organización y funcionamiento democráticos.*

— *La representación de las minorías.*

— *La publicidad del origen y destino de sus fondos.*

— *La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos partidarios*, mediante las denominadas “acciones positivas” (art. 37, CN).

III. DIVERSIDAD DE RÉGIMENES Y ORGANISMOS ELECTORALES EN EL ESTADO FEDERAL

Una de las consecuencias de la “unión en la diversidad” que caracteriza al federalismo es la diversidad de regímenes electorales que admite, entendiéndose por tales al conjunto de normas que regulan la conformación del cuerpo electoral, las divisiones territoriales, los procedimientos para oficialización de listas y de boletas, el desarrollo del acto electoral, el escrutinio, las faltas y delitos electorales y los sistemas electorales.

En el Estado federal argentino coexisten el régimen electoral federal (aplicable a los procesos electorales nacionales), con los de cada provincia (aplicable a los procesos electorales provinciales), y además, en virtud de la autonomía institucional que el art. 123, CN, les reconoce a los municipios, éstos pueden tener reconocida por las respectivas constituciones provinciales la atribución de establecer su propio régimen electoral (aplicable a los procesos electorales municipales). Así, en la provincia de Córdoba, coexisten el Código Electoral (aplicable a los procesos electorales provinciales) con el Código Electoral

provincial (ley 8767), el que establece la Ley Orgánica municipal para los municipios que no tienen Carta Orgánica (arts. 129 a 144, ley 8102) juntamente con las ordenanzas electorales que dictan en virtud del art. 30, inc. 12, de dicha ley y el que dictan autónomamente los municipios que se han dado su propia Carta Orgánica; tal el caso de la ciudad de Córdoba, que difiere del régimen provincial, por ejemplo, en que incluye en el cuerpo electoral a los mayores de 16 años con carácter facultativo para el elector, se aparta del régimen denominado de "participación equivalente de géneros" de la legislación provincial, exigiendo sólo una participación mínima del 30% y establece como obligatorios el voto de preferencia y las internas abiertas para la selección de candidatos a cargos públicos electivos.

La diversidad de regímenes electorales tiene a su vez como correlato la diversidad de organismos electorales que intervienen, ya que cuando se trata de procesos electorales regidos por el régimen electoral nacional habrá de intervenir el juez federal con competencia electoral y en grado de apelación la Cámara Nacional Electoral; si el proceso electoral está regido por el régimen provincial, intervendrá el organismo que establezca la legislación de cada provincia (en la de Córdoba, el Juzgado Electoral Provincial creado por ley 8643), y si se trata de un proceso electoral municipal, el organismo electoral municipal (en el caso de la provincia de Córdoba, una Junta Electoral Municipal para los municipios regidos por la Ley Orgánica municipal o el organismo creado por la Carta Orgánica en los municipios que la tienen⁴; en ambos casos, con la intervención del Juzgado Electoral de la provincia en grado de apelación.

Es claro que ni las constituciones ni las leyes locales podrían válidamente apartarse de las exigencias que impone el bloque de constitucionalidad federal y que más arriba se detallan, ni desoírlos, porque estarían viciadas de inconstitucionalidad, y estando en juego el principio de supremacía de la Constitución Nacional (art. 31, CN), la cuestión podría ser llevada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, como sabemos, es su último guardián. Es más, un caso de desconocimiento de estos derechos podría incluso, siempre que se dieren todas las circunstancias requeridas para ello, habilitar la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (arts. 52 y ss., Pacto de San José de Costa Rica).

³ La ley provincial 8901 establece para la provincia de Córdoba que todas las listas de candidatos deben estar integradas por un número igual de candidatos de ambos sexos y es aplicable a la elección de cargos electivos provinciales, municipales —correspondiente a localidades que no hubieran sancionado Carta Orgánica— y comunales, así como también en toda lista de candidaturas electivas para desempeñar cargos representativos en órganos colegiados ejecutivo, deliberativos, control, selección, profesionales o disciplinarios previstos en la Constitución de la provincia o en sus respectivas leyes de creación o estatutos.

⁴ La Carta Orgánica de la ciudad de Córdoba denomina a su organismo electoral "Justicia Electoral Municipal", denominación cuestionable porque la función jurisdiccional es ejercida con exclusividad por el Poder Judicial de la provincia (art. 153, Constitución de Córdoba).

De todos modos, la práctica demuestra que las provincias, lejos de intentar excederse en el ejercicio de su autonomía para regular su propio régimen electoral, más bien han pecado por defecto, ya que, por diversas razones, no han mostrado demasiada originalidad en ese punto, sino que más bien han tendido a reproducir el régimen electoral federal, con excepción de las particularidades que sí se advierten en lo que hace a los sistemas electorales, esto es, los mecanismos para asignar cargos y bancas sobre la base del resultado del comicio. Sobre ese tema nos dice Pedro J. Frías que "las provincias conservan el poder de organizar su régimen electoral, pero las ventajas de la coordinación con el gobierno central presionan sobre el sistema. La simultaneidad de elecciones se suma al padrón único; no sólo los vecinos, sino todo el distrito elige autoridades comunales; la institucionalización, después de un gobierno *de facto*, concluye siempre con la sustitución —por simplificación— del sistema electoral local"⁵.

Aunque las interrupciones del orden constitucional parecen ser ya una etapa superada en la vida institucional de nuestro país, la simplificación y el ahorro de costos que implica la realización simultánea de los comicios nacionales, provinciales y municipales ha hecho que se generalicen, provocando dos efectos principales: a) la presión del régimen electoral nacional sobre los locales, que tienden a asimilarse a aquél; b) "el acto único con el comicio nacional deprime la significación de las elecciones locales y es particularmente negativo para la política municipal"⁶.

Así, muchas constituciones provinciales admiten en forma explícita las elecciones simultáneas (San Luis, art. 94; Santa Cruz, art. 70, inc. 2°; Santiago del Estero, art. 45); otras adoptan en forma explícita el padrón nacional como regla (Entre Ríos, art. 47, inc. 2°; La Rioja, art. 77; Mendoza, art. 54) o facultan a adherir a disposiciones nacionales en materia electoral (Chaco, art. 90, inc. 5°); pero no están ausentes del constitucionalismo provincial algunas prevenciones contra el efecto negativo de la simultaneidad de elecciones: la Constitución jujeña establece la necesidad de coordinar en tales casos con la autoridad electoral nacional sin alterar la jurisdicción provincial (art. 87), y la de Chubut prohíbe que las elecciones locales sean simultáneas con las nacionales cuando se realiza una elección presidencial (art. 90, inc. 7°).

La Corte Suprema de Justicia tiene sentada pacífica jurisprudencia según la cual "la elección de cargos electivos nacionales se rige por las normas y autoridades federales y las de cargos electivos locales por las normas y autoridades provinciales" (Fallos 305:926; 307:1790; 318:535 y 2396, entre otros), pero la realización simultánea de elecciones provinciales y municipales con las nacionales produce un fuerte traspaso de competencias hacia las autoridades federales, y en muchos aspectos la aplicación de las normas federales en des-

⁵ FRÍAS, Pedro J., *Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 29.

⁶ FRÍAS, Pedro J., *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 190.

medro del régimen local. La ley 15.262, que autoriza la simultaneidad de comicios, dispone que en tales casos las elecciones locales se llevarán a cabo "bajo las mismas autoridades de comicio y de escrutinio", y "la fiscalización de las boletas de sufragio y su distribución" quedarán a cargo del organismo electoral federal, que incluso puede autorizar el empleo de boletas unidas con las listas de candidatos nacionales y locales (ley 17.265). El organismo electoral federal remitirá los resultados del escrutinio y el acta final a la autoridad local para que proceda a proclamar a los candidatos electos.

También es pacífica la jurisprudencia de la Corte al señalar que en estos casos, cuando una causa versa sobre una *cuestión inescindible y común al orden local y federal*, ésta resulta de competencia de los tribunales federales en virtud del principio de supremacía del derecho federal (art. 31, CN), y no es difícil darse cuenta que cuando las elecciones se realizan en forma simultánea bajo el régimen de las leyes citadas precedentemente, la cantidad de cuestiones inescindibles y comunes que pueden plantearse es inmensa.

No podemos dejar de recordar la sugerencia que efectuaba Pedro Frías sobre este tema, todavía desoída: "...ante la tentación de facilidad que lleva a casi todos a la simultaneidad de elecciones, si no fuere aceptada la gradualidad perfecta en tres tiempos, el espíritu de compromiso debe postular su separación en dos: o las elecciones provinciales se hacen con las nacionales, o las elecciones provinciales se hacen con las municipales, pero nunca las comunales con las nacionales. Para rehacer, ente nosotros, el interés por la vida municipal, deprimido desde hace mucho tiempo, en función no sólo de la buena administración local sino de reconstrucción de base de la dirigencia política, es necesario dejar más espacio de preparación, reflexión y autonomía a la elección municipal. En 1.600 municipios argentinos se puede reelaborar una nueva clase dirigente"⁷.

IV. EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA DEL PUEBLO

Este principio tenía profundo arraigo entre las creencias constitucionales tradicionales de los pueblos que conformaron luego la Nación Argentina, sin lugar a dudas por la fuerte influencia que tuvo el pensamiento de la neoescolástica española, como consecuencia de la prédica de los jesuitas y su continuada enseñanza en las universidades de Córdoba, Chuquisaca y Charcas, donde estudió la mayoría de los grandes protagonistas de nuestra historia. Si bien es cierto que la expresión "soberanía" no es propia de esta corriente de pensamiento, Francisco Suárez sostenía que todo poder proviene de Dios y reside en la comunidad que, como cuerpo moral, es la única que tiene naturalmente poder y dominio sobre sus miembros, y sólo mediante un pacto, la comunidad se somete a la autoridad de los gobernantes para que éstos la ejerzan para el logro del bien común. De ahí que el poder es legítimo cuando la potestad ha sido recibida

de la comunidad (legitimidad de origen) y es ejercida con miras al logro de esa finalidad (legitimidad de ejercicio).

Aun con limitaciones, la institución de los cabildos indios como representación legítima de los pueblos, constituyó una manifestación incipiente y embrionaria de este principio. Llegaron más de una vez a negar obediencia a los gobernadores e incluso se cita el caso en que el gobernador Hernandarias consulta al Cabildo de Buenos Aires sobre una real cédula que obligaba a reembarcar a los estantes portugueses legados a la ciudad, y el organismo local decidió que esa decisión causaba "gran daño a esta república ciudad y puerto", por lo que "fue acordado reverenciar y no acatar dicha real zédula y que se dé aviso a Su Majestad en el Real Consejo de las Indias y al dicho gobernador"⁸. Este carácter de órgano representativo de los pueblos se habrá de consolidar con el rol que desempeñaron los cabildos a partir de 1810 y hasta su disolución, ya que por aplicación de la teoría de la retroversión del poder al pueblo como consecuencia de la caducidad del poder real, de clara raíz suareciana, la solución a la que naturalmente se adhirió fue a buscar el pronunciamiento de todos los pueblos a través de sus cabildos⁹.

El principio de soberanía del pueblo va a estar presente en las constituciones provinciales anteriores a 1853 y en las posteriores. Los textos vigentes lo mencionan en forma explícita; así, la de Córdoba, en sus "Declaraciones de fe política", dispone en su art. 3° que "La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce a través de sus representantes y demás autoridades legítimamente constituidas y, por sí de acuerdo con las formas de participación que esta Constitución establece". Fórmulas similares encontramos en la Constitución de San Juan (art. 2°), La Rioja (art. 4°), Catamarca (art. 3°), Jujuy (art. 2°), etc.

V. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

El eje sobre el que pivota todo el sistema de derechos políticos en la Constitución Nacional y en las constituciones provinciales es el derecho a "participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos" (art. 21, inc. 1°, DUDH; art. 25, inc. a), PIDCyP, y art. 23, inc. 1-a), Pacto de San José de Costa Rica), que tiene explícita recepción en las constituciones reformadas en las últimas décadas (Córdoba, arts. 8°,

⁸ Cit. por ROSA, José M., *Del municipio indiano a la provincia argentina (1580-1852). Formación social y política de las provincias argentinas*, Peña Lillo, Buenos Aires, 1974, p. 46.

⁹ La doctrina no es pacífica en cuanto al carácter de antecedente de las instituciones republicanas y representativas que tuvieron los cabildos. Antonio M. Hernández menciona entre los autores que comparten la postura expresada a Alberdi, Sarmiento, Mitre, Bielsa, Ramos Mejía, Bas y Bernard, mientras que opinan lo contrario Aristóbulo del Valle, Montes de Oca, Juan Agustín García, Alcides Greca y Dana Montañó; Korn Villafañe, por su parte, es ubicado en una tesis intermedia (HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal*, Depalma, Buenos Aires, 1984,

⁷ FRÍAS, Pedro J., *Derecho público provincial*, cit., ps. 199-194.

9º y conchs.; Chubut, art. 41; La Rioja, art. 74; Tierra del Fuego, Tít. V, 2ª parte, etc.) y constituye un presupuesto ineludible de la forma republicana de gobierno, ya que todos tienen derecho a tomar parte en el manejo de la *res publica*, por lo que, si no aparece expresamente, debe entenderse implícito en el régimen adoptado por todas.

En las repúblicas representativas liberales del siglo XIX este derecho se traducía únicamente en el de elegir y ser elegido para el desempeño de cargos públicos, pero en la segunda mitad del siglo XX, los cambios habidos en la sociedad que profundizan su democratización, reclaman nuevas y más amplias formas de participación, de manera que ya no basta sólo con garantizar la participación política en forma limitada y nominal, sino el "hacer real y efectiva la plena participación política, económica, social y cultural de todas las personas y asociaciones" (art. 9º, Constitución de Córdoba). A esos fines se incorporarán en muchas constituciones, como veremos luego con más detalle, nuevos institutos que atenúan el rigor de la forma representativa y permiten la participación política directa del pueblo en determinadas circunstancias.

VI. EL SUFRAGIO

Descartadas por el art. 22, CN, la democracia directa pura, las asambleas populares, los "piquetes" u otras formas tumultuosas y anárquicas de expresión de la voluntad popular, ésta debe canalizarse a través de los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico, entre los que sobresale, por ser el más clásico y tradicional, a la vez que el de mayor utilización, el sufragio.

El art. 30 de la Constitución de Córdoba establece que el sufragio "es la base de la democracia y el único modo de expresión de la voluntad política del pueblo".

Mario Justo López define al sufragio diciendo que "es una manifestación de la voluntad individual que tiene por finalidad concurrir a la formación de una voluntad colectiva, sea para designar los titulares de determinados cargos o roles concernientes al gobierno de una comunidad, sea para decidir acerca de asuntos que interesan a ésta"¹⁰. El primer supuesto, es decir, el sufragio dirigido a elegir autoridades, es el más común y generalizado; el segundo, esto es, el sufragio destinado a decidir sobre asuntos de interés comunitario, es el que se practica para los institutos de democracia semidirecta, cuando el electorado debe pronunciarse a favor o en contra de determinado proyecto (consulta popular y referéndum) o sobre la destitución de un funcionario electivo antes de la expiración de su mandato (revocatoria popular).

Para adecuarse al bloque de constitucionalidad federal, como hemos visto, el sufragio debe ser también en las provincias *universal, igual, secreto y*

¹⁰ LÓPEZ, Mario J., *Introducción a los estudios políticos*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 377.

obligatorio, y así lo establecen expresamente muchas constituciones provinciales (Córdoba, art. 30; San Juan, art. 129; Jujuy, art. 86; Santiago del Estero, arts. 84 y 90; La Rioja, art. 78; Salta, art. 54; Catamarca, art. 232; San Luis, art. 93; Río Negro, art. 120).

1. Voto universal

La universalidad o no del voto se vincula con la composición del cuerpo electoral, es decir quiénes son las personas habilitadas para votar, lo que se traduce en la confección de los padrones electorales. Hay sufragio universal cuando este derecho se acuerda, como regla, a todos por igual, diferenciándose así del sufragio calificado, sistema en el que sólo se acuerda este derecho a quienes reúnen determinados requisitos intelectuales (tener determinado nivel de estudios, etc.), patrimoniales (ser contribuyente, ser propietario, tener actividad lucrativa, etc.) o de otra índole.

Es claro que el sufragio jamás es absolutamente universal, porque la ley puede establecer requisitos razonables para su ejercicio sin que por ello pueda considerarse calificado, de manera tal que no toda la población puede ejercer el derecho de sufragio. La razonabilidad de las categorías excluidas del derecho al sufragio depende en gran medida de los contenidos que surjan de las dimensiones social y cultural del fenómeno jurídico en estudio; así, por ejemplo, desde 1912, cuando se dicta la Ley Sáenz Peña, y hasta la entrada en vigencia de la ley 13.010, que reconoció los derechos políticos de la mujer en 1947, el ordenamiento jurídico argentino proclamaba el voto universal como principio básico, pero las mujeres estaban excluidas de los padrones electorales. Tal exclusión fue aceptada como algo natural durante muchos años, pero hoy es percibida como una grosera violación del principio de igualdad en razón de los cambios sociales y culturales producidos, a tal punto que aun cuando algunas constituciones provinciales mantuvieron durante muchos años la exclusión de las mujeres del comicio, de todas maneras votaban¹¹.

El art. 23, inc. 2º, Pacto de San José de Costa Rica, dispone que la ley puede reglamentar el ejercicio de este derecho exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena por juez competente en proceso penal.

Las provincias tienen atribuciones para fijar por sí mismas esa reglamentación, sin ajustarse a la legislación electoral federal. Tanto es así que mientras el derecho al sufragio es reservado por aquélla a los ciudadanos, muchas constituciones provinciales admiten el voto de los extranjeros, algunas dejan librado a la ley con carácter general la posibilidad (Buenos Aires, art. 59; Chubut, art. 41), otras lo prevén únicamente para el orden municipal (Jujuy, art. 86, inc.

¹¹ Véase FRÍAS, Pedro J., *Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 29.

1°; Santa Fe, art. 29; Tucumán, art. 43, inc. 2°). Córdoba lo establece expresamente para el orden municipal (art. 183, inc. 1°) y deja librado a la ley la posibilidad de extenderlo al nivel provincial (art. 30). Otras constituciones, por el contrario, disponen que el sufragio es un derecho inherente a la calidad de ciudadano argentino (La Rioja, art. 78; Corrientes, art. 34).

Es claro que las provincias tienen atribuciones para extender el derecho al sufragio a personas que están excluidas a nivel de la legislación federal, por ejemplo reduciendo la edad. Sin embargo, no parece tan fácil pensar en la hipótesis inversa, esto es, que una provincia impusiera requisitos más estrictos, de manera que alguna persona que puede votar en las elecciones nacionales resultara excluida del padrón provincial, por ejemplo aumentando la edad a veinte años, o exigiendo saber leer y escribir. No es que jurídicamente no tengan las provincias esas atribuciones, porque en la medida en que la reglamentación sea razonable, la pueden dictar; lo que ocurre es que puede resultar difícil demostrar la razonabilidad de una exclusión no contemplada en la ley nacional, además de la impopularidad de la medida.

Debe tenerse en cuenta también que, no existiendo ciudadanía provincial en nuestro sistema federal (art. 8°, CN), la condición fundamental para poder ejercer los derechos políticos a nivel local está dada por la vecindad, que se adquiere por el solo hecho de establecer el domicilio real en el territorio de la provincia.

Para la provincia de Córdoba, el Código Electoral local (ley 8767) dispone en su art. 1° que “son electores provinciales los argentinos mayores de dieciocho años domiciliados en la provincia”, salvo que se encuentren comprendidos en una causal de inhabilidad de las del art. 3°: dementes declarados tales en juicio, sordomudos que no saben darse a entender por escrito, detenidos y condenados por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad, los declarados rebeldes en causa penal hasta que cese la rebeldía o se opere la prescripción, y los inhabilitados según las disposiciones de la Ley de Partidos Políticos.

2. Voto igual

Este principio se traduce en la frase “una persona, un voto”, y es consecuencia directa del principio de igualdad del art. 16, CN, además de complemento necesario de la universalidad del sufragio. De nada serviría que todos pudieran votar, si el voto de algunos tuviera más valor que el de otros.

Aun hoy hay quienes sostienen que es injusto que el voto de un gran contribuyente tenga el mismo valor que el de un indigente que no paga impuestos, cuando se trata de elegir a los administradores de los fondos públicos. Pero hay una notable diferencia entre la elección de autoridades estatales y la de un administrador de un consorcio o la del directorio de una sociedad anónima, porque la función de las primeras es administrar algo más que dineros comunes, es

procurar el bien común, y a esos efectos lo que cuenta es la condición de miembros de la comunidad, que comparten por igual el gran contribuyente y el indigente. El mayor aporte en dinero que hace uno es un deber de solidaridad y no una inversión voluntaria.

3. Voto secreto

El opuesto al voto secreto es el sistema del voto público o “cantado”, en el que el elector expresaba a viva voz su opción electoral, de manera que todos los presentes podían conocerla y, por supuesto, el elector quedaba expuesto a las represalias de los caudillos y punteros de comité si se pronunciaba de manera diferente a sus expectativas. Este sistema rigió en nuestro país hasta la sanción de la Ley Sáenz Peña (ley 8871), cuyos principios han sido elevados al rango constitucional.

Las constituciones provinciales han asumido el principio del secreto e incluso han proclamado uno más amplio: “la libertad plena del elector el día del comicio” (art. 30, Constitución de Córdoba; art. 234, Constitución de Catamarca), de manera tal que pueda ejercer su opción sin ningún tipo de presiones ni condicionamientos. A tal fin, las constituciones o, en su defecto, las leyes electorales, aseguran la inmunidad del elector prohibiendo su privación de libertad desde las hora cero del día del comicio y hasta la hora de su cierre (art. 6°, ley 8767, provincia de Córdoba), establecen su derecho a licencia especial sin deducción salarial para concurrir a emitir su voto (art. 8°, ley 8767, provincia de Córdoba) y regulan el amparo electoral para los casos en que el elector considere afectadas sus inmunidades, su libertad o seguridad, o se vea privado del ejercicio del sufragio, o le sea retenido su documento de identidad por un tercero (art. 10, ley 8767, provincia de Córdoba).

4. Voto obligatorio

La reforma de 1994 a la Constitución Nacional le dio jerarquía constitucional al principio de obligatoriedad del sufragio que había introducido la Ley Sáenz Peña. Es conveniente reiterar que este principio no está contemplado en los tratados internacionales de derechos humanos, aunque su recepción en la Constitución federal lo impone para los regímenes electorales provinciales. La Constitución de Córdoba establece en su art. 30 que la participación en la vida política es un derecho y un deber y, por eso, establece el voto obligatorio en forma expresa.

Mucho se ha discutido acerca de las ventajas e inconvenientes del voto obligatorio. Se argumenta a favor que disminuye la abstención electoral que pone en riesgo la legitimidad de los gobiernos electos, sobre todo en tiempos de gran indiferencia y apatía política como los que se viven. Sus detractores afirman que el voto obligatorio, que se transforma así en un deber

ber, ya que su incumplimiento acarrea una sanción y constituye una actitud paternalista al imponer jurídicamente una conducta que, en todo caso, importa una exteriorización de compromiso que no tiene sentido si se produce como consecuencia de una imposición acompañada de amenaza de sanción. En todo caso, la falta de participación del electorado —si es que se produce— no sería más que un síntoma que exterioriza una crisis más profunda del sistema político, que no se soluciona con ocultarla evitando forzosamente que se ponga de manifiesto.

De todos modos, la norma constitucional es clara y no deja lugar a dudas: el sufragio obligatorio es la regla y sólo admite excepción en el orden federal para el caso de la consulta popular no vinculante, respecto de la cual el art. 40, CN, dispone expresamente que “el voto no será obligatorio”. Cabe aclarar que en la provincia de Córdoba, al no contener una disposición similar el art. 32, Constitución local, que regula la consulta popular, se ha entendido aplicable la regla general del art. 30, esto es, la obligatoriedad del voto también para este tipo de comicios ¹².

VII. EL DERECHO A SER ELEGIDO

El derecho a ser elegido o, mejor dicho, a postularse como candidato para el desempeño de cargos públicos electivos, tiene reconocimiento expreso en los tratados internacionales de jerarquía constitucional (art. 23, inc. 1-b], Pacto de San José de Costa Rica; art. 25, inc. b], PIDCyP) y aparece también en forma explícita en algunas constituciones de provincia (Chubut, art. 41; La Rioja, art. 74, inc. 1º), y así como el derecho a elegir, aun en el sistema de voto universal, es susceptible de ser reglamentado, también lo es el derecho a ser elegido, que incluso admite una regulación más intensa y mayores requisitos, de manera tal que no necesariamente todos los que pueden votar pueden ser candidatos.

De lo dicho se deduce que el universo de los elegibles puede ser —y normalmente lo es— sensiblemente menor en número que el de los electores, y es razonable que así sea, porque mientras para poder elegir basta con tener cierta pertenencia a la comunidad y gozar de un mínimo de capacidad de discernimiento, para poder ser elegido es necesario además reunir las condiciones que hacen a la idoneidad para el desempeño de la función, a la vez que pueden entrar en juego otros principios, como el de la periodicidad de los mandatos, que en ocasiones llevan a excluir a quienes están desempeñando el cargo en disputa, tal el caso de las limitaciones o prohibición a la reelección inmediata del gobernador y vicegobernador en la mayoría de las provincias, que se extiende a todos los cargos en la Constitución del Neuquén (art. 305). Esta limitación, para el caso del gobernador en la provincia de Santa Fe, ha sido considerada válida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que entendió que la norma

de la Constitución local que la establece no es incompatible con el derecho a ser elegido que consagra el Pacto de San José de Costa Rica, porque el constituyente provincial puede admitir o no la posibilidad de la reelección ¹³.

Es claro que la validez de tales restricciones, como la de cualquier reglamentación, está condicionada a su razonabilidad y, por ende, a que no importe una discriminación odiosa e inconstitucional. En este sentido, resulta de dudosa constitucionalidad la disposición del art. 66 de la Constitución de Mendoza, según la cual “en ninguna de las Cámaras podrá haber más de la quinta parte de sus miembros con ciudadanía legal”, porque la distinción entre nacionales nativos y naturalizados ha sido considerada como “clasificación sospechosa” por la Corte Suprema cuando juzgó que “el art. 177 de la Constitución bonaerense que establece respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos de primera clase y otros de segunda clase se presenta afectada por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría ser desvirtuada por prueba concluyente de que existe sustancial interés provincial que la justifique” ¹⁴. Ahora bien, no debemos olvidar que la propia Constitución Nacional excluye a los argentinos naturalizados de la posibilidad de ser presidente o vicepresidente de la Nación (art. 89, CN), discriminación esta cuya razonabilidad sólo podría justificarse en función de la particular jerarquía y trascendencia del cargo.

Por el contrario, entendemos válida la limitación que establece la Constitución santiagueña en su art. 118, que establece que para la elección de legisladores, “La ley asegurará la participación de los ciudadanos del interior de la provincia en no menos del cincuenta por ciento (50%) de las postulaciones expectables y de las suplencias”. Se trata en el caso de una medida de acción positiva tendiente a asegurar la igualdad real de oportunidades entre los vecinos de la capital y los del interior de la provincia, frente a la desigualdad de hecho existente, que encuadra en la previsión del art. 75, inc. 23, CN.

De igual manera y por idénticas razones, no sólo son admisibles, sino que deben establecerse por mandato constitucional, limitaciones por cupo u otros mecanismos que aseguren “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios” (art. 37, CN). En el orden nacional, el art. 60 del Código Electoral, reformado por ley 24.012, establece el denominado “cupos femenino” en un mínimo del treinta por ciento (30%) de los cargos a elegir y “en proporciones con posibilidad de resultar electas”.

Las provincias pueden adoptar ese u otro sistema, pero incurrirían en inconstitucionalidad por omisión si no establecen alguna medida de acción positiva en este sentido. La provincia de Córdoba, en cumplimiento del mandato de la Constitución Nacional y del que establece su propia Constitución (art. 24), ha estable-

¹³ Corte Sup.. “Partido Justicialista de Santa Fe”, DJ 1995-2-637.

¹⁴ Corte Sup.. “Hooft, Pedro v. Provincia de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, *Foro de Córdoba*, nro. 99, p. 135. Ver también ALVAREZ, Magdalena, “Clasificaciones sospechosas y principio de razonabilidad en el caso ‘Hooft’”, *Foro de Córdoba*, nro. 99, p. 147.

¹² Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Electoral, 11/7/2001. *Asunto: Acción de Amparo*.

cido por ley 8901 el principio de participación equivalente de ambos sexos en toda lista de candidaturas electivas para desempeñar cargos representativos en órganos colegiados de cualquier naturaleza, provinciales y de municipios que no tengan su propia carta orgánica, a cuyo fin las listas deben efectuar la postulación intercalando un candidato de cada sexo por cada tramo de dos candidaturas. A la vez, dispone en el art. 6° que las vacantes que se produzcan se cubrirán por el candidato del mismo sexo que el saliente que siga en el orden establecido en la lista oficializada, y sólo una vez agotados los reemplazos por candidatos del mismo sexo podrá continuarse la sucesión por el orden de los suplentes del otro.

VIII. SISTEMAS ELECTORALES

Hemos visto ya que las provincias están facultadas para establecer su propio régimen electoral y también hemos visto cómo, pese a ello, el régimen electoral nacional presiona sobre los locales, a tal punto que éstos tienden a asimilarse a aquél.

Ahora bien, dentro del régimen electoral hay un aspecto que de alguna manera ha logrado escapar a esa tendencia a la uniformidad y, por el contrario, muestra cierto grado de diversidad entre las provincias y son los sistemas electorales. Se denomina así al mecanismo establecido para transformar en asignación de cargos el resultado de un comicio. Es decir, el acto electoral produce un resultado que se expresa en cantidad de votos obtenidos por cada lista, candidato o fórmula; ahora bien ¿de qué manera se habrán de adjudicar los cargos en disputa con base en ese resultado electoral? ¿La lista que ganó se lleva todos los cargos? ¿Se lleva algunos y las minorías otros? Cuando está en disputa un único cargo, ¿lo gana el que sacó más votos, cualquiera sea la diferencia que obtuvo, o hace falta una mayoría especial? Es claro que deben estar predeterminadas las reglas para resolver este punto y esas reglas constituyen lo que denominamos sistema electoral.

Este aspecto de los regímenes electorales locales ha logrado de alguna manera sustraerse al efecto de arrastre del régimen nacional por los comicios simultáneos, porque aun cuando se hayan realizado en forma conjunta los demás pasos del proceso electoral, la asignación de los cargos es una etapa absolutamente diferenciada y escindible.

En el curso de Derecho Constitucional se han estudiado los diversos sistemas electorales que han regido en el orden nacional, tanto para la elección de presidente y vicepresidente, como para las de senadores y diputados nacionales, su clasificación, ventajas y desventajas de cada uno de ellos, etc., por lo que nos remitimos a lo allí estudiado en este aspecto, para concentrarnos aquí en revisar cómo han sido receptados por las constituciones provinciales.

1. Sistemas para la elección de órganos ejecutivos

Históricamente el sistema más generalizado para la elección de gobernador (y vice en las provincias en que lo hay) ha sido y sigue siendo la elección

directa por el pueblo a simple pluralidad de sufragios. El pueblo vota directamente por un candidato a gobernador o una fórmula (gobernador y vice) y el que obtuvo mayor cantidad de votos es el proclamado, con absoluta prescindencia de cuál es la diferencia que obtuvo a su favor o qué porcentaje del padrón lo ha apoyado. Es el sistema de la Constitución de Córdoba (art. 140) y de todas las provincias, con las excepciones que se señalarán en este capítulo.

La influencia de la Constitución Nacional de 1853 hizo que en un primer momento algunas constituciones provinciales adoptaran el sistema de elección indirecta por colegio electoral, en el que el electorado votaba por electores de gobernador y vice, y éstos, reunidos en el colegio electoral, elegían a las autoridades. Ello permitía la realización de acuerdos en el colegio electoral en virtud de los cuales podía resultar proclamado gobernador alguien que no había obtenido el apoyo mayoritario de la ciudadanía. La provincia de Corrientes fue la última que mantuvo el sistema de elección indirecta, hasta que, frustrada una elección de gobernador en 1991 porque no se lograba mayoría en el colegio electoral luego de varias votaciones, el conflicto derivó en intervención federal, y luego, en 1993, se reformó la Constitución adoptando la elección directa.

Es uniforme en las provincias la elección directa, pero algunas han dejado de lado la "simple pluralidad de sufragios" para adoptar el sistema de doble vuelta electoral o *ballotage*, que requiere que la fórmula más votada haya obtenido una mayoría especial para ser proclamada en la primera vuelta: mayoría absoluta en el caso de Corrientes (art. 108) y Tierra del Fuego (art. 230); o bien en la Constitución chaqueña (art. 133), las mismas que exige la Constitución Nacional para la elección de presidente, es decir, el cuarenta y cinco por ciento o el cuarenta por ciento con una diferencia de diez puntos respecto del segundo.

La amplia preferencia de las provincias por el sistema de elección directa a simple pluralidad de sufragios muestra modalidades diversas en los casos de muchas provincias que por vía legislativa han adoptado el sistema del doble voto acumulativo, también conocido como "sistema de lemas". Éste consiste en que el elector emite en un mismo acto electoral y con una misma boleta, dos votos: uno por un partido (lema) y otro por una corriente interna dentro del partido elegido (sublema); es decir que se realizan conjuntamente las elecciones internas de los partidos y la elección general. Del escrutinio surgirá cuál es el sublema que obtuvo mayor cantidad de votos dentro de su lema, y ése sumará en su favor los votos de los otros sublemas de su partido para la elección general. En síntesis, resultará proclamado gobernador el candidato que obtuvo más votos dentro del partido (lema) que obtuvo mayor cantidad de votos, aunque individualmente considerado no haya sido el candidato más votado ¹⁵.

¹⁵ Han ocurrido casos en los que un candidato que individualmente fue el que tuvo más votos a su favor, perdió la elección porque otro candidato de otro lema, sumando los demás sublemas, lo superó.

El sistema ofrece la ventaja de abrir al electorado en general la posibilidad de intervenir en la selección de los candidatos, en lugar de limitarse a optar entre alternativas escogidas por otros, pero este resultado también lo ofrece y con ventajas el sistema de internas abiertas, diferenciadas de la elección general. Los inconvenientes más serios que presenta son, por un lado, la complejidad para el elector que ve frente a sí en el cuarto oscuro una infinidad de boletas (en general es ilimitada la cantidad de sublemas que se pueden presentar dentro de cada lema) y, por otra parte, que se parte de la presunción de que el elector siempre habrá de preferir a cualquier candidato del partido que escogió, frente a los de los otros partidos, lo que no necesariamente es cierto, máxime ante la amplísima variedad ideológica que encierran en su seno los partidos políticos argentinos; puede ocurrir que, en definitiva, el voto de un elector termine favoreciendo a un candidato al que jamás habría votado. Por eso se ha dicho con ironía que en el sistema de lemas el voto es tan secreto que ni el propio elector sabe a ciencia cierta a quién está votando.

Estos inconvenientes, entre otras cosas, han hecho que las constituciones de Corrientes (art. 113) y Santiago del Estero (art. 44, inc. 3°) prohíban expresamente su aplicación.

2. Sistemas para la elección de órganos legislativos y cuerpos colegiados

Algunas constituciones provinciales, como la Constitución Nacional para el caso de la Cámara de Diputados, han dejado librado a la ley la determinación del sistema electoral (Jujuy, art. 86, inc. 10; Misiones, art. 48, inc. 5°; San Luis, art. 93, inc. 5°; Santa Cruz, art. 85), aunque estableciendo ciertas bases (Río Negro, art. 123), pero la mayoría lo ha regulado y en muchos casos en detalle. La primera solución ofrece la ventaja de la flexibilidad que permite adecuar el sistema a las circunstancias siempre cambiantes de la realidad, sin necesidad de acudir al procedimiento de reforma constitucional; la segunda, que disminuye la posibilidad de que circunstancias mayorías parlamentarias manipulen el sistema electoral en su propio beneficio.

En las provincias prevalece hoy claramente el sistema proporcional que, originariamente adoptado sólo por Buenos Aires, hoy está presente en diez constituciones para la integración de la Cámara única o de la Cámara de Diputados en las provincias que tienen sistema bicameral. "La proporcionalidad de la representación será la regla en todas las elecciones populares para integrar cuerpos colegiados, a fin de dar a cada opinión un número de representantes proporcional al número de sus adherentes, según el sistema que para la aplicación de este principio determine la ley", dice el art. 60 de la Constitución de Buenos Aires. También adoptan este principio para su sistema electoral las constituciones de Catamarca (art. 72); Chaco (art. 90, inc. 4°); Corrientes, que lo hace aplicable tanto a la elección de diputados como de senadores (art. 35); Santiago del Estero (art. 44, inc. 1°), y Tierra del Fuego (art. 203). Se suman a

esta nómina, aunque especificando que se trata de la modalidad d'Hondt del sistema proporcional, las constituciones de La Pampa (art. 49, inc. c]), Neuquén (art. 301, inc. 4°) y Tucumán (art. 43, inc. 8°), con la particularidad en este último caso de que no se fija un "piso electoral" para que la lista pueda acceder a la asignación de cargos, lo que permite el acceso a bancas de partidos minoritarios con mayor facilidad.

El sistema electoral d'Hondt requiere la realización de los siguientes pasos:

1°) Se verifica qué listas han obtenido el mínimo de votos requeridos o "piso electoral" (tres por ciento del padrón en el Código Electoral Nacional, tres por ciento del total de votos válidos emitidos en la Constitución del Neuquén, etc.). Este paso no debe cumplirse cuando expresamente la norma constitucional o legal que regula el sistema lo excluye, como ocurre en Tucumán, según se ha visto, y también en la Constitución de Córdoba, para cubrir las bancas legislativas que se asignan por este sistema.

2°) Se toma la cantidad de votos obtenida por cada lista que alcanzó el piso (o de todas las listas en su caso) y se divide cada número por uno, por dos, por tres, por cuatro y así sucesivamente, hasta el número de bancas a cubrir.

3°) Se ordenan de mayor a menor los cocientes obtenidos por todas las listas en número igual al de cargos a cubrir. En caso de empate entre cocientes, se coloca en primer lugar el que corresponde a la lista que obtuvo en total mayor número de votos, y luego el otro cociente empatado. Si el total de votos de ambas listas fuere idéntico, se decide la prioridad por sorteo.

4°) Se le asigna a cada lista tantos cargos como veces sus cocientes figuren en el orden confeccionado conforme al punto anterior.

La Constitución de Entre Ríos se suma a la lista de las que adoptan este sistema, pero con una modalidad particular, porque dispone que los diputados serán elegidos por "un sistema de representación proporcional, pero que asegure al partido mayoritario la mayoría absoluta de la representación" (art. 51), con lo que incorpora lo que se ha dado en llamar la "cláusula de gobernabilidad", que persigue asegurar mayoría legislativa, en una Cámara en este caso, al partido mayoritario. En rigor este sistema no es proporcional, porque si lo fuera no podría asegurar otro resultado que la proporcionalidad entre la distribución de bancas y el resultado electoral. Más bien se trata de un sistema mixto que puede adoptar dos modalidades: a) asignar a la lista mayoritaria una cantidad fija de bancas que importen mayoría absoluta y disponer que las restantes se distribuyan por el sistema proporcional entre las minorías, o b) aplicar el sistema d'Hondt, y si el resultado arroja que la lista mayoritaria se lleva la mayoría absoluta de las bancas o más, se asignan los cargos por esa vía; de no lograrse el objetivo querido por la Constitución de esa manera, se procede conforme lo indicado en el punto a). Esta última es la modalidad que adopta la Ley Orgánica Municipal de Córdoba para los Concejos Deliberantes, ante el mandato en igual sentido del art. 183, inc. 2° de la Constitución provincial.

Algunas constituciones provinciales mantienen el sistema de la lista incompleta o voto restringido, que había establecido la Ley Sáenz Peña para la Cámara de Diputados de la Nación, aunque atenuando el carácter fuertemente mayoritario de aquélla ¹⁶ y combinándolo con el sistema proporcional que se aplica para distribuir las bancas previstas para las minorías. Así, la Constitución de Chubut dispone que de las 27 bancas que componen la Cámara, 16 corresponden a la mayoría y 11 a las minorías (art. 124), mientras que la de Santa Fe asigna, del total de 50 bancas de diputados, 28 a la mayoría y 22 a las minorías (art. 32).

El sistema del voto uninominal o por circunscripción, que está presente para la elección de senadores en la mayoría de las constituciones con legislatura bicameral (Catamarca, art. 80; Entre Ríos, art. 60; Salta, art. 100; San Luis, art. 109, y Santa Fe, art. 36), tiene las siguientes características:

1. El territorio de la provincia se divide en tantas circunscripciones, como bancas deben cubrirse y en cada una de ellas se realizará una elección independiente para cubrir una banca.

2. En este sistema no se presentan listas de candidatos; el elector debe optar entre candidatos individuales que se presentan en cada circunscripción y el que obtiene mayor cantidad de votos en su circunscripción se lleva la banca, con prescindencia del partido que lo haya postulado.

Como ventaja de este sistema se menciona que establece un nexo más directo y personal entre representante y representado, al debilitar la intermediación del partido político: al no elegirse una lista, la mayor parte de las veces integrada por sujetos desconocidos por el elector, sino un candidato, pesan más las cualidades personales de éste y pierden incidencia relativa las simpatías partidarias. Como crítica se señala que no asegura una representación equitativa de las minorías y que permite manipular los resultados electorales a quien tiene en cada momento el poder para “dibujar” el mapa de las circunscripciones, ya que, con un previo sondeo de opinión que señale la distribución geográfica de las preferencias del electorado, se puede compensar la falta de votos en determinadas zonas con excesos de votos que hubiere en otras. Esta maniobra es conocida con el nombre de *gerrymandering*, en alusión al gobernador Gerry del estado de Massachussets, que en 1812, y con esa finalidad, “dibujó” de manera tan caprichosa las circunscripciones que alguna de ellas tenía la forma de una salamandra, y así pasó a la historia como la salamandra de Gerry o *gerrymander*, como uno de los grandes fraudes electorales ¹⁷.

De todos modos, no hay sistema que sea inmune a los fraudes electorales y las críticas no alcanzan a desvirtuar las bondades ya señaladas del voto uni-

nominal, a la que se suma la de permitir una adecuada distribución territorial de la representación.

Las constituciones de Córdoba (art. 78) y San Juan (art. 131) han adoptado para sus respectivas legislaturas unicamerales un sistema mixto que combina el voto uninominal y el sistema proporcional.

En el caso de Córdoba, la reforma del año 2001 abandonó el sistema bicameral que rigió desde 1870, para retornar a la Legislatura unicameral. Entre las razones que se dieron para fundar la adopción del nuevo sistema electoral mixto estuvo la de mantener la representación territorial, que en el sistema bicameral tenía cabida en el Senado, a través de los legisladores elegidos por el sistema uninominal, a razón de uno por cada departamento.

El sistema consiste en que la Cámara está integrada por clases de legisladores: los legisladores departamentales y los elegidos por distrito único. Sus funciones, atribuciones y representatividad son idénticas y sólo difieren por la forma en que han sido elegidos. La legislatura de Córdoba tiene 26 legisladores departamentales elegidos por el sistema uninominal, a razón de uno por cada departamento, y 44 legisladores elegidos por el sistema proporcional, considerando a la provincia como un único distrito. En cuanto a estos últimos, el art. 78 regula con detalle el sistema proporcional d’Hondt, con las siguientes características: a) no hay “piso electoral” para acceder al reparto de bancas; b) el elector puede ejercer el “voto de preferencia”, y c) los candidatos deben ser elegidos en internas abiertas, obligatorias y simultáneas (art. 104, inc. 22).

La supresión del piso electoral facilita la obtención de bancas legislativas a partidos minoritarios. El voto de preferencia y las internas abiertas tienden a incrementar la participación del electorado no afiliado a los partidos políticos en la selección de candidatos.

El voto de preferencia implica el derecho del elector de votar por una lista pero alterando el orden en que ésta ha sido confeccionada por el partido. Si el número de preferencias resultante del comicio alcanza el que prevea la ley reglamentaria, quedará alterado el orden de la lista oficializada y, en consecuencia, la adjudicación de bancas se efectuará conforme a este nuevo orden establecido por el electorado y no por el fijado por el partido.

Varias constituciones provinciales, a diferencia de la de Córdoba, excluyen el voto de preferencia, disponiendo que “corresponde adjudicar los cargos de diputados respetando el orden de colocación de los candidatos en las listas oficializadas por el Tribunal Electoral” (Chaco, art. 90, inc. 6°; Corrientes, art. 36, inc. 4°; Chubut, art. 124; La Rioja, art. 87; Misiones, art. 48, inc. 6°). No puede dejar de advertirse en el trasfondo de esas disposiciones la reacción de algunas dirigencias partidarias, que no se resignan a perder el manejo absoluto del reparto de cargos públicos. Es otra manifestación más del fenómeno denominado “partidocracia”, al que nos referiremos también al hablar del monopolio partidario para la postulación de candidaturas y del problema de la titularidad de las bancas.

¹⁶ La Ley Sáenz Peña asignaba dos tercios de las bancas a la mayoría y un tercio a la primera minoría.

¹⁷ EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, t. III, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 485.

IX. PARTIDOS POLÍTICOS

Bidart Campos señala que los partidos políticos, con el alcance y las características que hoy conocemos, son un fenómeno del siglo XX. Antes hubo grupos y facciones con diferentes ideologías políticas, pero sin los rasgos típicos ni la fuerza política que actualmente ponen en funcionamiento los partidos dentro de la dinámica estatal¹⁸. Ésa es, quizá, la razón por la que estas agrupaciones, protagonistas centrales de la vida política en todo Estado democrático, estuvieron ausentes de la Constitución Nacional de 1853 y de las primeras constituciones provinciales y sólo podían encontrar base constitucional en el principio genérico de libertad de asociación. Acompañando el proceso de reconocimiento de su rol institucional y consecuente reglamentación legal que se da en todo el mundo, los partidos políticos aparecen en las constituciones sancionadas y reformadas por las provincias ya entrado el siglo XX, para generalizarse a partir del ciclo constituyente abierto a partir de 1986 (art. 33, Constitución de Córdoba; art. 29, Constitución de Santa Fe; arts. 92-95, Constitución de Jujuy; art. 38, Constitución de San Luis; art. 95, Constitución de Santiago del Estero; art. 48, Constitución de San Juan; arts. 52-53, Constitución de Salta; art. 75, Constitución de La Rioja; art. 241, Constitución de Catamarca; art. 85, Constitución de Chaco; art. 242, Constitución de Chubut; art. 47, inc. 1°, Constitución de Entre Ríos; art. 79, Constitución de Santa Cruz) y finalmente incorporarse en el art. 38, CN, con la reforma de 1994 como "instituciones fundamentales del sistema democrático".

La diversidad de los textos normativos citados no impide identificar un conjunto de principios comunes.

Los partidos son reconocidos como el resultado del ejercicio de la libertad de asociación (art. 33, Constitución de Córdoba) en su condición de personas jurídicas de derecho público no estatal (art. 38, Constitución de San Juan) por su rol de intermediación de la voluntad popular (art. 24, Constitución de Río Negro; art. 33, Constitución de Córdoba) que los faculta a postular candidatos a cargos públicos electivos, aunque en este punto se advierten matices diferenciales que más adelante se señalarán; a la vez, el Estado está obligado a contribuir a su sostenimiento económico (art. 52, Constitución de Salta; art. 24, Constitución de Río Negro; art. 33, Constitución de Córdoba).

Esa particular naturaleza hace que los partidos se encuentren sujetos al control del Estado, tanto en el plano ideológico, porque el reconocimiento constitucional se circunscribe a "aquellos que sustenten y respeten los principios republicanos, representativos, federales y democráticos establecidos por las constituciones Nacional y provincial" (art. 33, Constitución de Córdoba), como en lo que hace a su organización interna ("organización democrática y pluralista", en la Constitución de Córdoba; "deben garantizar la democracia

¹⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., *Lecciones elementales de política*. Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 357.

participativa en su desarrollo institucional", en la Constitución de San Juan) y también en lo que hace al origen y destino de sus fondos, como manda el art. 38, CN (en los mismos términos lo establece el art. 242 de la Constitución de Chubut; el art. 33 de la Constitución de Córdoba hace referencia al origen y no al destino). Sin embargo, sobre este punto no puede dejar de señalarse que hasta el momento, ni la legislación federal, ni las legislaciones provinciales han logrado establecer un sistema eficaz de control en este aspecto.

1. Selección de candidatos a cargos públicos electivos

El rol de los partidos políticos como intermediarios de la voluntad popular, postulando candidatos para ocupar cargos públicos electivos, implica una función pública de gran trascendencia porque al momento de elegir, en realidad, el elector se ve constreñido a optar entre un limitado número de propuestas que han elaborado otros (los partidos). Esto tiene particular importancia, porque si se tiene en cuenta que el número de afiliados a los partidos políticos es notoriamente inferior al del total de electores incluidos en el padrón y que, por otra parte, en general el porcentaje de afiliados que efectivamente participa en los procesos internos de selección de candidatos no suele ser elevado, comprobamos que un limitado número de personas determina las opciones a las que se deberá ajustar el grueso de la población.

La crisis de credibilidad de los partidos ha llevado a la búsqueda de mecanismos que oxigenen su vida interna e incrementen la participación del pueblo en general. Entre las soluciones que se han propuesto está el sistema electoral de doble voto acumulativo o de "lemas", al que ya nos hemos referido, y las internas abiertas de los partidos, que implica admitir el voto de los no afiliados en dichos procesos electorales.

Los detractores de las internas abiertas cuestionan la participación de los no afiliados en la toma de decisiones propias de los partidos e incluso llegan a hacer la comparación con el absurdo que significaría que en una asamblea de una sociedad anónima pudieran votar quienes no son accionistas. Pero esa crítica olvida que la selección de candidatos a cargos públicos electivos es una función de carácter público y que habrá de afectar a la comunidad toda, no sólo al partido. Por otra parte, la participación de los no afiliados se circunscribe a la selección de candidatos a cargos públicos electivos, y no a la elección de autoridades partidarias.

La Constitución de Córdoba dispone en su art. 104, inc. 22, que la Legislatura debe "dictar la legislación electoral y de partidos políticos que contemplen elecciones internas abiertas, simultáneas y obligatorias para la selección de candidatos de todos los partidos políticos", con lo que este tipo de procedimiento se torna de ineludible cumplimiento, aunque todavía está pendiente su reglamentación.

La simultaneidad de los procesos electorales de los diversos partidos tiene sentido con la finalidad de evitar la posible maniobra de dirigentes de un par-

tido que hagan votar a sus simpatizantes en la interna de otro, a favor del peor candidato. En efecto, si el mismo día tendrán lugar las internas de todos los partidos, y una persona no puede votar en dos partidos distintos, resulta difícil que una maniobra de ese tipo se generalice, porque importaría restar votos a la interna propia.

2. Monopolio de candidaturas y titularidad de las bancas

La principal diferencia que podemos advertir entre las constituciones provinciales en cuanto a los partidos políticos está en que, si bien por el art. 38, CN, los partidos tienen "competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos", algunas de aquéllas van más allá al darles exclusividad en esa función. Así, la de Córdoba (art. 33) dispone que "sólo a los partidos políticos compete postular candidatos para cargos públicos electivos"; en igual sentido disponen la de Salta (art. 53) y la de La Rioja (art. 75). La Constitución Nacional les asegura a los partidos esa competencia, pero no dice que la tengan con exclusividad, y aunque este carácter surge del art. 2° de la ley 23.298 de Partidos Políticos, hay una diferencia importante, porque en el orden nacional, para admitir las candidaturas independientes, basta una simple reforma legislativa, mientras que en las provincias mencionadas ello no podría ocurrir sin una reforma constitucional.

En el extremo opuesto podemos señalar a la Constitución de Catamarca, que en su art. 243 incorpora el derecho a presentar candidaturas independientes a pedido del cinco por ciento del padrón respectivo y con una declaración sobre la plataforma electoral. Esta solución, diferente de la que adopta el régimen electoral nacional, es perfectamente válida y constituye un ejemplo de ejercicio de la autonomía institucional de la provincia.

Es necesario recordar que la constitucionalidad del art. 2° de la Ley de Partidos Políticos, arriba citado, fue cuestionada judicialmente por una persona cuya candidatura fue rechazada por la autoridad electoral por no haber sido postulado por un partido político en el famoso caso "Ríos, Antonio". El impugnante sostuvo que dicha norma legal, bajo pretexto de reglamentar el derecho a elegir y ser elegido, lo desconoce al no admitir las candidaturas independientes; pero llevado el caso finalmente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ésta entendió que, como todos los demás, el derecho a elegir y ser elegido no es absoluto, sino que debe ser ejercido conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, y aun admitiendo que se trata de una cuestión controvertida en doctrina, concluye que la solución adoptada por la ley es una de las alternativas posibles y no comporta una transgresión al art. 28, CN (principio de razonabilidad), porque el ciudadano puede afiliarse libremente y participar en cualquier partido existente y formar uno nuevo, como medio para acceder a los cargos públicos¹⁹. En cuanto al régimen de la provincia de Córdoba debemos señalar que

si bien el monopolio partidario para la postulación de candidatos es una regla constitucional, ésta reconoce una excepción legislativa en la ley que regula el régimen electoral de las comunas, en cuyo ámbito se admiten los candidatos postulados, no sólo por los partidos políticos, sino también por agrupaciones de vecinos (art. 14, ley 8234)²⁰, excepción que se explica y resulta razonable, pese a la regla constitucional, dada la particular naturaleza institucional y las características sociológicas y políticas de estas pequeñas comunidades urbanas que no alcanzan a ser municipios aún.

La discusión respecto de la legitimidad o ilegitimidad, conveniencia o inconveniencia del monopolio partidario de las candidaturas se vincula con el fenómeno denominado "partidocracia" en virtud del cual se advierte en los Estados democráticos un fuerte traslado del poder a los partidos políticos que asumen de tal manera su rol de intermediarios de la voluntad popular que, en alguna medida, desplazan al hombre común, creando un nuevo grupo social privilegiado que se autodefine como "clase política" y pretende monopolizar el poder en su provecho.

En una versión extrema de esta corriente encontramos las disposiciones de las constituciones de La Rioja (art. 76), Río Negro (art. 25) y Catamarca (art. 242), que establecen que la titularidad de las bancas legislativas no pertenece al legislador electo por el pueblo, sino al partido político que lo nominó y, por lo tanto, faculta a este último a pedir la revocación del mandato del legislador y su reemplazo por el suplente, cuando en el ejercicio del cargo se haya apartado del programa y la doctrina política del partido²¹. Es decir que se reemplaza

²⁰ El art. 14, ley 8234, dispone: "Art. 14.— Desde la publicación de la convocatoria y hasta treinta (30) días anteriores a la elección, los partidos y agrupaciones de vecinos registrarán, ante la Junta Electoral Comunal, la lista de candidatos quienes deberán reunir las condiciones propias del cargo para el cual se postulan y no estar comprendidos en algunas de las inhabilidades legales. "La lista deberá contener el número de candidatos igual al de los cargos a cubrir con más los suplentes.

"Para registrar una lista será necesario que la misma se encuentre avalada por un número de adherentes que sean electores de la comuna respectiva, no inferior al diez por ciento (10%) del total del padrón cívico comunal, con un mínimo en todos casos de veinte (20) electores. "Dicho aval deberá formalizarse por medio de firmas auténticas de electores. Certificadas por escribano público, jueces de paz o miembros de la Junta Electoral Comunal.

"Los partidos y agrupaciones de vecinos presentarán juntamente con el pedido de oficialización de las listas, datos de filiación completos de sus candidatos y el último domicilio electoral".

²¹ Constitución de La Rioja: "Art. 76.— Declárase que las bancas de toda representación legislativa pertenecen a los partidos políticos que han intervenido en el acto electoral y han nominado sus candidatos. Cada partido tiene la atribución de determinar si la forma en que es ejercida su representación o mandato responde al programa y doctrina política que sirvió para la exaltación del candidato al cargo que ostenta. En caso de incumplimiento en el ejercicio de su mandato, podrá el partido iniciar acción ante el Tribunal Electoral de la provincia con el fin de cuestionar el desempeño de la representación y resuelta la inconducta, queda abierta la sustitución por el suplente respectivo".

Constitución de Río Negro: "Art. 25.— Las bancas de toda representación política legislativa, provincial o municipal, pertenecen a los partidos políticos que las nominaron, conforme a

el sistema de mandato libre e irrevocable, característico de la representación política liberal, desde la Revolución Francesa en adelante, por un mandato imperativo y revocable, pero no a favor de los electores, es decir, de los mandantes o representados, sino del intermediario, esto es, del partido político que de esta manera asume un rol de tutelaje y se arroga el derecho de decidir qué es lo conveniente y bueno para los electores, no sólo por encima de la voluntad del representante elegido, sino incluso por encima de la voluntad de los propios representados.

La constitucionalidad de estas disposiciones ha sido seriamente puesta en tela de juicio. En este sentido, dice Martínez Peroni que: "Postular el 'mandato imperativo' y la 'revocabilidad del mandato' afecta seriamente la división de poderes y la responsabilidad política de los electos, notas esenciales de la forma republicana. En efecto, el partido gobernante al reunir en sí la mayoría en el órgano legislativo y ocupar todos los lugares en el gobierno, establece un lazo muy poderoso entre uno y otro. Al pretender consagrar con efectos jurídicos la disciplina de partidos, Legislativo y Ejecutivo se parecerían a dos máquinas animadas por un mismo motor: el partido. Sólo el partido ejercería la realidad del poder. En esta situación, el grado de separación de poderes no pasa de ser una mera ficción. Tal situación implica desnaturalizar la democracia republicana en la medida en que el legislador ya no responde ante el pueblo, sino ante una facción política no estatal como es el caso del partido"²².

3. Partidos nacionales, de distrito, provinciales y municipales

En el Estado federal los partidos políticos pueden pretender presentar candidatos para cargos electivos nacionales (presidente y vicepresidente, senadores y diputados), para cargos electivos provinciales (gobernador y vicegobernador, legisladores provinciales, etc.) y para cargos electivos municipales

"A solicitud del órgano deliberativo máximo partidario provincial se podrá requerir la revocación del mandato de un representante y su sustitución por el suplente correspondiente ante la justicia electoral, la que hará lugar al pedido cuando se invocare y probare una violación ostensible y grave de la plataforma electoral".

Constitución de Catamarca: "Art. 242.— Las representaciones políticas, parlamentarias o deliberantes que esta Constitución establece emanan del pueblo. Los partidos políticos que hayan postulado esas representaciones podrán en principio, disponer la terminación de las mismas, cuando se violen alguno o algunos de sus principios fundamentales y de las propuestas de la plataforma electoral.

"Para este supuesto deberá existir pronunciamiento de la máxima autoridad partidaria, con arreglo a lo dispuesto por las cartas orgánicas de sus respectivos partidos. Esta autoridad o el máximo Tribunal Electoral de la provincia, en caso de apelación, cursará comunicación de lo resuelto a las Cámaras Legislativas, a los Concejos Deliberantes o a los demás cuerpos deliberativos que esta Constitución o las leyes especiales establezcan, según corresponda, a los efectos del reemplazo".

²² MARTÍNEZ PERONI, José L., "Los derechos políticos en las constituciones provinciales recientes", en PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros, *Derecho público provincial*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 555.

(intendente, concejales, etc.). En el primer caso, los partidos deberán haber sido constituidos, obtenido reconocimiento del juzgado federal competente y funcionar con arreglo al régimen de la legislación nacional (ley 23.298 de Partidos Políticos); en los otros casos deberán haber obtenido reconocimiento del organismo electoral provincial conforme al régimen establecido por cada provincia. Si pretendieran presentar candidatos para cargos federales y locales, deberán tener reconocimiento en ambos niveles.

La legislación nacional prevé la existencia de *partidos de distrito*, que se constituyen para actuar en un distrito electoral, proponiendo candidatos a ocupar cargos nacionales, con la adhesión de un número de electores no inferior al cuatro por mil del total de inscriptos en el padrón del distrito, entre otros requisitos. Además, prevé la existencia de *partidos nacionales* que pueden obtener su reconocimiento como tales cuando cinco o más partidos de distrito deciden actuar en igual número de distritos electorales con un mismo nombre, declaración de principios, programa, carta orgánica.

En el caso de la provincia de Córdoba, la ley 6875²³, en su texto hoy vigente, distingue entre los *partidos provinciales*, que pueden postular candidatos a cargos electivos provinciales (gobernador, vicegobernador, legisladores provinciales) y municipales en cualquier municipio (intendentes municipales y concejales), por una parte y, por otra parte, los *partidos municipales*, que únicamente pueden postular candidatos a cargos electivos municipales (intendentes, concejales y miembros del Tribunal de Cuentas) en el municipio para el que han sido constituidos. Debemos recordar también que, como ya lo adelantáramos, en las comunas también pueden postular candidatos las agrupaciones de vecinos (art. 14, ley 8234).

Dado el carácter de personas jurídicas públicas no estatales que tienen los partidos políticos, éstos se constituyen, actúan, eligen sus autoridades partidarias y los candidatos a cargos públicos electivos bajo el control del Estado. En el caso de los partidos nacionales y de distrito, es el juzgado federal con competencia en materia electoral el que ejercerá la jurisdicción, el control de los derechos y obligaciones y la registración correspondiente (art. 6º, ley 23.298); en el caso de los partidos provinciales y municipales, la ejercerá el organismo electoral provincial. En la provincia de Córdoba, el Juzgado Electoral provincial, previsto por el art. 170 de la Constitución provincial (art. 2º, ley 8643).

Las dificultades se plantean en el caso, muy común, de partidos que, habiendo obtenido los respectivos reconocimientos, actúan a la vez como partidos nacionales (o de distrito) y como partidos provinciales. Sin embargo, existen reglas que ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema para deslindar el ámbito de la justicia federal y la provincial en materia electoral, que a continuación procuraremos sintetizar:

²³ La ley 6875 ha sido reformada por las leyes 6900 (BO del 5/4/1983), 8787 (BO del 28/9/1999) y 8999 (BO del 27/2/2002).

1) "La elección de cargos electivos nacionales se rige por las normas y autoridades federales y la de cargos electivos locales por las normas y autoridades locales" (Fallos 305:926; 307:1790; 318:535 y 2396; 324:2529).

2) "Cuando una entidad partidaria funciona tanto como partido provincial cuanto de distrito, pero con autoridades únicas a esos fines, lo concerniente a estas últimas se rige por las normas nacionales y pertenece a la competencia de la justicia federal" (Fallos 321:607).

3) "Cuando se plantea, con relación a un partido que actúa tanto como provincial cuanto de distrito, una cuestión inescindible y común a ambos órdenes de partidos, el principio del art. 31, CN, aconseja aplicar las normas federales con la intervención de la justicia federal" (ED del 20/8/2002).

4) "Pero si un partido que funciona tanto como provincial cuanto de distrito, aprueba a través de su Congreso partidario un procedimiento para elección de candidatos a cargos provinciales, que se cuestiona judicialmente diciendo que es contrario a la Constitución provincial, es competente el tribunal electoral provincial porque la cuestión se refiere a actos que tendrán eficacia exclusivamente dentro del ámbito partidario provincial y conduce en definitiva a la interpretación y aplicación de normas también locales" (Fallos 318:535).

X. INSTITUTOS DE DEMOCRACIA SEMIDIRECTA

Hemos señalado ya que los cambios que han experimentado las sociedades a lo largo del siglo XX han hecho que se profundicen los procesos de democratización, de manera tal que la gente no se conforma con que su intervención en el manejo de los asuntos públicos quede reducida a elegir gobernantes de tanto en tanto y reclama cada vez más participación. Ese cambio en la dimensión social del fenómeno jurídico ha producido una transformación del sistema representativo que, como hemos visto ya, hoy debe ser, además, participativo, atenuando el rigor del principio constitucional que nos dice que "(e)l pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes" (art. 22, CN), y cuya formulación actual aparece correctamente expresada en el art. 3º de la Constitución de Córdoba, que nos dice que el pueblo ejerce su soberanía "a través de sus representantes y demás autoridades legítimamente constituidas y, por sí de acuerdo con las formas de participación que esta Constitución establece".

La forma de gobierno sigue siendo representativa (art. 2º, Constitución de Córdoba), es decir, no se trata de una democracia directa y la participación del pueblo en el gobierno debe canalizarse por las vías institucionales previstas por el ordenamiento jurídico. La "aclamación popular", las asambleas populares, las "puebladas", los "cácerolazos", los piquetes, etc., no pueden ser considerados como expresión de la voluntad popular, sino, en todo caso, la de un grupo o sector que, por otra parte, difícilmente pueda demostrar por esa vía que es mayoritario.

Ahora bien, la democracia representativa y participativa debe ofrecer nuevos canales de participación institucionales para adecuarse a las características de la sociedad de nuestros tiempos y en esa línea comienzan a incorporarse en las constituciones provinciales los institutos de democracia semidirecta, que permiten que en determinadas circunstancias, y dentro de un marco jurídico adecuado, la voluntad popular pueda intervenir en forma directa en los procesos de toma de decisiones en asuntos públicos, reasumiendo en algunos casos, como legítimo titular originario del poder, la potestad de resolver. Por eso, Antonio Hernández sostiene que estos institutos "consisten en el reconocimiento al electorado de ciertas facultades que antes correspondían exclusivamente a los órganos representativos, y por dicha razón reciben la designación de instituciones de democracia directa o semidirecta. Su fundamento no es otro que la afirmación de los principios democráticos y el perfeccionamiento técnico de ellos"²⁴.

Los institutos de democracia semidirecta aparecen en el derecho público argentino en las constituciones provinciales. La polémica y frustrada Constitución santafesina de 1920, primero, y la Constitución cordobesa de 1923, después, los incorporaron para su aplicación en el ámbito municipal. Luego, en la segunda mitad del siglo XX se van a generalizar y se harán extensivos al nivel provincial, hasta que, finalmente, la reforma constitucional de 1994 los incorpora en la Constitución Nacional, poniendo así punto final a la discusión que antes hubo respecto de la constitucionalidad de estos institutos incorporados en las constituciones provinciales, porque había quienes sostenían que contrariaban el art. 22, CN.

Más allá de las diversas denominaciones que les asignan los diversos ordenamientos jurídicos, tanto en el derecho comparado, como en nuestro derecho público interno, los institutos de democracia semidirecta más generalizados son la iniciativa popular, la consulta popular, el referéndum y la revocatoria popular. A partir de las reformas constitucionales provinciales habidas desde la segunda mitad del siglo XX, la iniciativa, la consulta y el referéndum son receptados en la gran mayoría de las provincias con leves diferencias; algunas constituciones establecen las condiciones para su ejercicio y sus efectos (Neuquén, arts. 308 a 312; La Rioja, arts. 81 a 83; Santiago del Estero, arts. 40 a 42, etc.), y otras dejan por completo su regulación librada a la ley (p. ej.: Formosa, art. 4º; Jujuy, art. 123, inc. 11, etc.).

1. Iniciativa popular

La iniciativa popular es la facultad de un determinado número de electores de presentar proyectos de ley que deben ser tratados por el órgano legislativo. No se trata del simple ejercicio del derecho a peticionar a las autoridades,

porque en este caso este grupo de electores está ejerciendo una atribución que antes estaba reservada a los legisladores, al órgano ejecutivo y, excepcionalmente, a otros órganos del Estado; el proyecto presentado en forma ingresa directamente para su tratamiento y adquiere estado parlamentario sin que ningún legislador, ni otro funcionario, lo asuma como propio.

Las pocas diferencias que se advierten entre las constituciones que reglamentan el instituto se encuentran en la cantidad de electores que se necesitan para promoverlo, en el plazo dentro del cual debe expedirse el Poder Legislativo y en los temas excluidos. En cuanto a lo primero, algunas constituciones, como las de Neuquén (art. 309) y Chaco (art. 2°), exigen las firmas del tres por ciento del padrón; otras como las de La Rioja (art. 81) y Santiago del Estero (art. 40), el cinco por ciento; mientras que la de Tierra del Fuego requiere el diez por ciento de los votos emitidos en la última elección (art. 207). El plazo dentro del que debe expedirse la Legislatura es de doce meses en Neuquén, Buenos Aires (art. 67) y Chaco (art. 2°), y de seis meses en Santiago del Estero y Chubut (art. 264). Respecto de los temas que pueden ser objeto de iniciativa popular, la Constitución riojana admite expresamente incluso la declaración de necesidad de la reforma (art. 81), que se encuentra excluida en primer término en las de Córdoba (art. 31) y Salta (art. 59), junto a los proyectos referidos a tributos y presupuesto que también excluye la Constitución neuquina, además de los temas que requieran mayoría agravada para su aprobación (art. 309).

En la provincia de Córdoba, la ley 7811 reglamenta la iniciativa popular, disponiendo que los proyectos deberán ser suscriptos por el ocho por mil del total de inscriptos en el padrón e indicar nombre, número de documento y domicilio de los firmantes, cuyas firmas deberán estar autenticadas por autoridad judicial, policial o por escribano público (art. 2°). Verificado que se han cumplido los requisitos formales, se ordenará su inclusión en el orden del día, como asunto entrado, y la comisión correspondiente deberá expedirse, a más tardar, dentro del término de ciento veinte días vencido el cual la Cámara considerará el asunto sin despacho de comisión, si ésta no se hubiese expedido (art. 3°).

2. Consulta popular

La consulta popular importa un llamado al electorado a pronunciarse a favor o en contra de un determinado proyecto de ley o medida de gobierno, al solo efecto de que la persona u órgano facultado para tomar la decisión tenga en cuenta la opinión del pueblo, pero sin desplazar el poder de decisión, ni la responsabilidad de quien la adopta; es decir que el pronunciamiento popular no es decisorio, ni vinculante. Es cierto que la Constitución Nacional ha regulado bajo esta denominación a la consulta popular no vinculante y a la consulta popular vinculante, a la vez que idéntica nomenclatura utilizan las constituciones de Buenos Aires (art. 67, inc. 2°), Chaco (art. 2°, inc. 3°), Chubut (art. 262), La Rioja (art. 82), Neuquén (art. 310), San Juan (art. 235), San Luis (arts. 98 a 100), Santa Cruz (art. 80) y Santiago del

Chilo (art. 100), donde el pueblo es el que decide directamente. En la práctica, sin embargo, le corresponde propiamente ese nombre, ya que si es vinculante estamos en realidad frente a un referéndum. Por eso resulta más apropiada la terminología que utilizan las constituciones que reservan la denominación "consulta" para la que no es vinculante y llama "referéndum" a la que es vinculante (Córdoba, art. 32; Catamarca, art. 129; Formosa, art. 4°; La Pampa, art. 50; Río Negro, art. 2°). La Constitución jujeña, por su parte, denomina "plebiscito consultivo" a la consulta no vinculante (art. 123, inc. 11).

A diferencia del art. 40, CN, que establece expresamente que en la consulta no vinculante el voto no será obligatorio, el art. 31 de la Constitución de Córdoba nada dice al respecto, por lo que es razonable entender que en esta provincia rige incluso para los comicios convocados a estos fines la regla general del art. 30, que establece la obligatoriedad del voto.

La ley 7811 de la provincia de Córdoba ha reglamentado este instituto disponiendo que puede ser promovido por el Poder Ejecutivo, por el Poder Legislativo con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, y los ciudadanos con la firma del ocho por ciento del padrón, presentadas con iguales formalidades que la iniciativa (arts. 13 y 14).

3. Referéndum popular

El referéndum se caracteriza porque el pueblo es convocado, no a opinar, sino a decidir; es decir que el pueblo reasume en relación al tema que es objeto de la convocatoria, su potestad originaria de decidir, desplazando así a sus mandatarios en la toma de la decisión.

Este instituto ha sido incorporado con ese nombre por las constituciones de Catamarca (art. 129), Formosa (art. 4°), Jujuy (art. 123, inc. 11), La Pampa (art. 50), Misiones (art. 2°), Río Negro (art. 2°) y Salta (art. 60). Ya se ha señalado en el punto anterior cuáles son las constituciones que lo incorporan bajo el nombre de consulta popular vinculante. La de Córdoba también lo prevé, pero con un alcance muy limitado porque el art. 32 dispone que "se autoriza el referéndum para los casos previstos en esta Constitución", y éstos son únicamente para las leyes que disponen un desmembramiento del territorio provincial (art. 104, inc. 8°) y las que dispongan la fusión de municipios (art. 104, inc. 10), además del referéndum en el orden municipal donde sí tiene amplia recepción (art. 183, inc. 4°).

La Constitución sanjuanina ha previsto el referéndum como un paso necesario del procedimiento de reforma constitucional, en la etapa preconstituyente, porque la declaración de necesidad de la reforma debe ser aprobada por el pueblo por esta vía (art. 274).

4. Revocatoria popular de mandatos

La revocatoria popular es otro instituto que nos muestra la reasunción por el pueblo de su potestad originaria. El pueblo que ha conferido el mandato al



gobernante, lo revoca, tal como ocurre en el ámbito del derecho privado en la relación entre mandante y mandatario. Esto sin dudas importa apartarse sustancialmente de la concepción clásica de representación política liberal nacida con la Revolución Francesa, en la que el representante era en sí mismo la encarnación de la "voluntad general" y, por eso, no podía ser ni siquiera molestado por las opiniones y decisiones adoptadas en ejercicio de su función, hasta la conclusión de su mandato. Este instituto refuerza el vínculo entre representante y representado, otorgándole a éste la facultad de hacer cesar en sus funciones en cualquier momento al representante que no obre de acuerdo con el interés de su mandante, o lo haga inadecuadamente.

La revocación de mandatos de funcionarios provinciales no ha tenido tanta recepción como los otros institutos, pero la han adoptado las constituciones de Chaco (art. 2º), Chubut (art. 261), La Rioja (art. 83), Misiones (art. 2º), Neuquén (art. 312), Río Negro (art. 2º), Santiago del Estero (art. 42) y Tierra del Fuego (art. 209). Llama la atención el texto de la Constitución chaqueña, que requiere únicamente las firmas del tres por ciento del padrón para tener por promovida la revocatoria, ya que este porcentaje contrasta con otras constituciones que regulan el punto que exigen un veinte por ciento (Chubut, Santiago del Estero y Tierra del Fuego) o un veinticinco por ciento (Neuquén). De todos modos, quede claro que se trata de porcentajes requeridos para promover la revocatoria y que, obtenido éste, se convoca a comicio para que el pueblo se pronuncie a favor o en contra de la destitución. Algunas constituciones, como la de Santiago del Estero, establece expresamente que sólo se produce la revocación del mandato si los votos favorables a ella superan el cincuenta por ciento (50%) de los emitidos y la participación de los electores es mayor al cincuenta por ciento (50%) del padrón electoral.

También se encuentran en algunas constituciones limitaciones temporales para el ejercicio de este derecho, que fijan un término desde el inicio del mandato durante el cual no se puede promover, como así también lo excluyen cuando el lapso que falta para que concluya es breve. Tierra del Fuego exige que haya transcurrido más de la mitad del mandato; Santiago del Estero y Neuquén, que haya transcurrido un año y no falten menos de seis meses para que concluya.

CAPÍTULO XII GARANTÍAS

por ARTURO HORACIO ITURREZ *

1. La reforma de la Constitución de Córdoba de 1987 recibe la nueva óptica del derecho público provincial que fuera sugerida por el constitucionalismo social del siglo XX, pero actualizada con miras a regir las relaciones de la sociedad de la próxima centuria. La reforma es de magnitud, como lo fue la de 1870 (t.o. 1883 con las reformas de 1900, 1912 y 1923). La estructura institucional es la misma, pero modernizada. La 1ª parte —*Declaraciones, derechos, deberes, garantías y políticas especiales* (arts. 1º al 76)— ha sido bien sistematizada, aunque peque de excesos más propios de una ley reglamentaria.

El comentario sintético propuesto toca a las *garantías* contenidas en quince artículos —del 39 al 53—. La preocupación del constitucionalismo del siglo XIX fue limitar el poder para resguardar los derechos. Hoy deben agregarse los deberes del hombre para con la sociedad más una real protección del hombre en todas sus dimensiones, por parte del Estado. Al Estado intervencionista debe oponérsele en la misma Ley Fundamental una efectiva protección de los derechos, de modo tal que conjugue, al mismo tiempo, los intereses sociales con los individuales, lo que se consigue a través de efectivas garantías que la Constitución de Córdoba consagra a partir del debido progreso ya contemplado en la anterior Constitución (arts. 7º a 20); explicitando garantías que antes eran implícitas como el amparo (arts. 48 y 52); el acceso a la justicia (art. 49); el derecho a la privacidad (art. 50); el derecho a la información (art. 51); hasta la protección de los intereses difusos o comunes, legitimando a cualquier individuo para reclamar y obtener del Estado su protección (art. 53). Ello se adscribe a una concepción solidaria de la vida.

Las garantías constitucionales, según Joaquín v. González "son aquellas seguridades y promesas que ofrece la Constitución al pueblo y a todos los hombres de que sus derechos han de ser sostenidos y defendidos por la autoridad". Las garantías existen, estén escritas o no en el texto constitucional, frente al Es-

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales otorgado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor adjunto, por concurso, de Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular de la cátedra de Derecho Administrativo de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Catamarca.

tado que debe asegurar la vigencia de los derechos. La propia Constitución formal se ha definido como una Ley de Garantías, desde que la forma republicana tiene ese sentido, al dividir el poder en funciones diferenciadas. Y hay otra, cual es la forma de Estado federal, donde el poder se comparte en dos esferas de gobierno, que lo limita. Por lo tanto, las formas de gobierno y de Estado garantizan las libertades individuales en forma genérica.

Ahora bien, si la Constitución Nacional ya en su capítulo único de *Declaraciones, derechos y garantías* tiene directivas precisas sobre el tema que nos ocupa, se debe preguntar qué margen tienen las provincias. La respuesta es que pueden ampliar los derechos y garantías; lo que les está vedado es alterarlos o restringirlos (arts. 5° y 31), lo que no acontece en ningún caso, pues si se repasan las veintitrés constituciones de provincias se comprobará que han sido más generosas en la materia. Ya Córdoba, en su anterior texto de 1870, garantizaba el derecho a la vida (art. 6°); el debido proceso (arts. 7°, 8° y 17); la defensa en juicio (arts. 9° y 10); la prueba (art. 11); la privación de la libertad (art. 12); la incomunicación (art. 15); custodia de presos y cárceles (arts. 13 y 14); inviolabilidad del domicilio y allanamiento (arts. 19 y 20); papeles privados (art. 11); hábeas corpus (art. 12), y libertad de imprenta (art. 38). La actual reforma, además de mejorar las directivas al legislador, agrega como garantías explícitas otras que sólo estaban implícitas, a saber: el amparo (art. 48); el acceso a la justicia (art. 49); a la privacidad (art. 50); a la información y libertad de expresión (art. 51); la garantía frente a la mora en la administración mediante el amparo específico (art. 52), y la protección a los intereses difusos (art. 53).

2. La Constitución de Córdoba trata por separado los *Derechos* (secc. II); los *Deberes* (secc. III), y las *Garantías* (secc. IV), todas del Tít. I, 1ª parte. Así también Santiago del Estero; en cambio, Salta y La Rioja lo hacen en un mismo capítulo. Nos referimos sólo a las que reformaron su Ley Fundamental en 1986. Ello no puede atribuirse a una mejor técnica legislativa, desde que no es siempre fácil diferenciar un derecho de una garantía, aunque conceptualmente son diferentes; para la vigencia del primero debe instrumentarse la segunda. Al Estado le compete asegurar la vigencia de los derechos a través de la función jurisdiccional. De allí la preocupación del Preámbulo de la Constitución Nacional de "afianzar la justicia"; también la exigencia del art. 5°, cuando impone a las provincias "que asegure su administración de justicia". Por ello, el derecho a la jurisdicción como garantía genérica, es correlativo de la función judicial del Estado, para lo cual el Poder Judicial con el fin de administrar justicia, ejerce el control de juridicidad de la vida política. Para que se cumpla ese alto objetivo, la Constitución fija las directivas al legislador, no sólo para asegurar los derechos y garantías, sino el acceso a la justicia; imponiéndoles a los jueces severos deberes, que es el correlato de su investidura e independencia.

3. Los arts. 39 a 47 tienen como antecedente supremo el art. 18, CN, considerado como el baluarte de la libertad individual. Ningún Código de Proce-

dimiento puede desoír esas directivas. La Constitución de Córdoba las reafirma antes y ahora; el art. 39 dice: "Nadie puede ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a esta Constitución": O sea que nadie puede ser privado de la libertad o de derechos de cualquier índole sin un procedimiento que supone el cumplimiento de etapas ineludibles: audiencia, prueba y alegatos, ante el juez de la Constitución, y sentencia fundada en ley. Impone que "todo proceso debe concluir en un término razonable"; exigencia que concuerda con el art. 155 *in fine*, que obliga al juez a "resolver las causas dentro de los plazos fatales que las leyes procesales establezcan, con fundamentación lógica y legal": La exigencia de la fundamentación es una garantía de recta administración de justicia. Se trata del acto procesal más importante, con el cual el juez, luego de la debida sustanciación, dirime el litigio creando una norma jurídica individual. La creación de esta norma no la realiza libremente, sino que debe hacerlo dentro del marco normativo general del derecho vigente. La sentencia, como dice Chioventa, constituye un acto de tutela jurídica; por ello, la Constitución que comentamos exige que cuente con fundamentación lógica y legal. Por lo tanto, debe ser algo más que un juicio lógico, tesis que se basa en la concepción simplista de que la sentencia es un silogismo. En rigor, el proceso que sigue el razonamiento del juez en la formación del fallo no es tan sencillo; no es sólo un silogismo, sino una serie encadenada de silogismos, que lo llevan, en sucesivos pasos, a la decisión. Pero es algo más, es un ir y venir en su razonamiento para determinar en qué normas jurídicas debe subsumir la decisión de la cuestión. De allí la exigencia de la fundamentación lógica y legal de esta garantía. El art. 39 mantiene el principio de inocencia y la prohibición de que se sea perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Concuerda con arts. 7°, 8° y 17 de la Constitución reformada; el art. 29 de la de Jujuy; el art. 22 de La Rioja; el art. 20 de la de Salta; el art. 30 de la de San Juan, y los arts. 33 y 35 de la de Santiago del Estero.

El art. 40 garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los bienes. Luego refiere otras garantías vinculadas con la defensa penal. La defensa en juicio hace a la esencia del debido proceso; su violación trae la nulidad. Supone no sólo ser escuchado sino amplitud probatoria y sentencia fundada. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo en causa penal ni en contra de parientes o en contra de persona con quien conviva en aparente matrimonio. Concluye que "carece de todo valor probatorio la declaración del imputado prestada sin la presencia de su defensor": El nuevo Código Procesal Penal (ley 8123 del año 91), art. 185, sanciona con la nulidad en su inc. 3° cuando se viole "a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos que la ley establece". El art. 258 expresa: "A la declaración del imputado deberá asistir su defensor, bajo pena de nulidad". Concuerda con los arts. 9° y 10 de la Constitución reformada; con el art. 29 de la de Jujuy; con el 29 de la de La Rioja; 18 de la de Salta; 33 de la de San Juan; 34 de Santiago del Estero.



El art. 41 del nuevo ordenamiento se refiere a la prueba que debe ser pública; las cartas y papeles privados que hubiesen sido sustraídos carecen de valor probatorio, como también todo acto que vulnere las garantías. Ratifica el principio *in dubio pro reo*. Esta norma es más amplia que el art. 11 de la anterior y concuerda con el 23 de la Constitución de La Rioja. Las otras provincias que han reformado su Ley Fundamental en 1986, no tienen iguales previsiones sobre la prueba.

La privación de la libertad como medida precautoria durante el proceso es excepcional. El art. 42 se encarga de poner limitaciones para decretarla. Implícitamente prohíbe la detención por simple sospecha o para averiguación de antecedentes, como expresamente lo prevé La Rioja (art. 24). El art. 42 se correlaciona con el *habeas corpus* (art. 47) y tiene antecedentes en el art. 12 de la Constitución reformada; concuerda con el art. 27 de la de Jujuy; 19 de Salta; 31 de San Juan; 26 y 29 de Santiago del Estero.

Un párrafo aparte merece la siguiente previsión: “En caso de sobreesimiento o absolución, el Estado puede indemnizar el tiempo de privación de la libertad con arreglo a la ley”: El legislador deberá ser cuidadoso al reglamentar este precepto, evitará no pocos pleitos. Es más precisa la Constitución de Jujuy, pues el “error judicial” es indemnizable cuando causa daño. O sea, cuando alguien fue definitivamente condenado, sufrió prisión y más adelante, al revisarse la sentencia, se advierte la tragedia de haber condenado a un inocente. Pero no puede indemnizarse a quien, dentro de un procedimiento arreglado a derecho, estuvo detenido y luego fue sobreesido o absuelto. Este tema de la responsabilidad del Estado-juez, en particular en el fuero penal, ha sido analizado y resuelto por la Cámara 5ª de Apelaciones en lo Civil de esta ciudad, en fallo 11 del 9/3/1987, a cuyos fundamentos me remito, ya que por el propósito de este trabajo no es posible analizar en extensión el tema. No obstante, en la última reforma del Código Procesal Penal, el art. 300 regula la indemnización. Debí prever que cuando el error sea el propio sentenciante, debe intervenir para su determinación otro tribunal.

El art. 43 pone límite a la incomunicación, la que no puede exceder de dos días; garantiza la comunicación con el defensor, por lo que la norma mejora la situación del detenido respecto de lo que disponía el anterior art. 15 *in fine*. Tiende a asegurar la asistencia letrada del detenido y, por consiguiente, la defensa en juicio, finalidad de la garantía. Concuerda con el art. 27 de Jujuy, y art. 33 de San Juan.

El art. 44 sobre la custodia de presos y cárceles amplía los anteriores arts. 13 y 14, e indica pautas para el resguardo de la salud y rehabilitación del interno, lo que visualiza una concepción cristiana y humanista de la vida, es decir, que el hombre, pese a su calidad de sujeto privado de la libertad, merece el respeto y la dignidad de persona. Concuerda con disposiciones similares de la Constitución de Jujuy, art. 27; La Rioja, arts. 25 y 26; Salta, art. 21; San Juan, arts. 38 y 39; Santiago del Estero, art. 37.

El art. 45 estatuye que “el domicilio es inviolable, y sólo puede ser allanado con orden motivada, escrita y determinada de juez competente, la que no se suple por ningún otro medio”: En la morada, el registro no puede realizarse de noche, salvo casos sumamente graves y urgentes. Han mejorado los arts. 19 y 20 de la Constitución anterior. El domicilio es el recinto sagrado del hombre e integra su intimidad, exenta de la autoridad, como también la correspondencia epistolar, los papeles privados y las comunicaciones, cuyo secreto asegura el art. 46. El artículo anterior (art. 11) no comprendía a las comunicaciones; la inclusión es oportuna. Concuerda con el art. 27 de Jujuy; el art. 30 de La Rioja; el art. 22 de Salta; los arts. 35 a 37 de San Juan; y arts. 31 y 32 de Santiago del Estero.

El *habeas corpus*, garantía de la libertad física o ambulatoria, tiene consagración en el art. 47, que mejora el art. 18 de la Constitución de 1870, al comprender no sólo la restricción actual sino la inminente; también puede interponerlo aquel que ya estando detenido por orden de autoridad competente, sufra una agravación ilegítima en la forma y condiciones en que se cumple. La violación de esta garantía por parte del juez es causal de destitución. Con diferencias de matices, esta garantía está consagrada en Jujuy, art. 40; Salta, art. 86; San Juan, art. 32; Santiago del Estero, art. 38; La Rioja, art. 27.

La acción de amparo, como garantía genérica de todos los derechos individuales —el *habeas corpus* también lo es—, ha tenido consagración en el art. 48. Procede cuando no existe otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño. Esta garantía tuvo creación pretoriana en los casos “Siri” y “Kot SRL” y consagración legislativa en nuestra provincia —ley 4915—, pero pese a una precisa doctrina sobre la procedencia de este remedio excepcional, la práctica enseña que en la mayoría de los casos la demanda es desestimada por improcedente. A veces se la utiliza para acortar camino a despecho de las vías previas o paralelas, cuando no para proponer una innecesaria intromisión de la jurisdicción en el poder administrador. El amparo, comprensivo del *habeas corpus*, es la garantía más inmediata y eficaz que la Constitución pone en manos de los individuos, junto al debido proceso, para afianzar el derecho a la vida, a la libertad, al patrimonio y a la seguridad integral de la persona. Concuerda: art. 41 de Jujuy; art. 28 de La Rioja; art. 85 de Salta; art. 40 de San Juan; art. 38 de Santiago del Estero.

El capítulo de *Garantías* se completa con el singular art. 49, que posibilitará el acceso a la justicia; el derecho a la privacidad, art. 50, frente a la informática cuya utilización debe reglamentar la ley en lo atinente a garantizar el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos. Concuerda: La Rioja, art. 30; Salta, art. 22; San Juan, art. 26.

El art. 51 garantiza el ejercicio de los derechos a la información y a la libertad de expresión, el que por su claridad no necesita otro comentario. La mora de la administración ha sido prevista en el art. 52, que instituye una acción

de amparo específica. Habilita a toda persona afectada para demandar el cumplimiento de un deber concreto del Estado, por vía judicial de pronto despacho. Si bien esta acción está comprendida en el art. 10, ley 4915, tiene ahora su propia reglamentación por ley 8508 del 31/10/1995. Concuera: La Rioja, art. 28; San Juan, art. 41. Por último, el art. 53 legitima a toda persona para obtener de las autoridades la protección de los intereses difusos, ecológicos o de cualquier índole, reconocidos en la Constitución.

4. Habida cuenta de que la Constitución es Ley de Garantías, la reforma de 1987 ha puesto énfasis en hacer efectivo ese principio al regular con amplitud en quince artículos (39 al 53) las garantías. Define los derechos personales (art. 18) que enumera (art. 19), mientras que el art. 20 se refiere a los no enumerados y el art. 22 consagra la operatividad de aquéllos. Las garantías que el Estado debe asegurar es una función indelegable y exclusiva del Poder Judicial, quien tutela los derechos individuales y ejerce el control jurisdiccional al Legislativo y al Ejecutivo. Para ser efectivo, ese control debe conocer y resolver todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes que en su consecuencia se sancionen, sin entrar a determinar si la ley es oportuna, buena o mala, útil o inútil, sino verificar si ella es conforme o contraria a la Constitución. El juez debe velar por la supremacía de ésta.

La exclusión de las cuestiones políticas merece un cuidadoso estudio para no entorpecer las facultades exclusivas de los otros poderes, sin olvidar la tutela constitucional debida a las personas. Este delicado tema ha sido debatido por la doctrina a partir del fallo de la Corte Suprema de 1893 en autos "Cullen v. Llerena" (Fallos 53:420). La tesis del voto en minoría del Dr. Luis Varela abrió una larga discusión, hoy vigente.

Los derechos y garantías son normas operativas, en principio. Funcionan *per se*, en particular, las garantías. Éstas son de aplicación directa aunque no estén reglamentadas, según doctrina de la Corte Suprema, en el caso "Siri" (Fallos 239:459). La Constitución de Córdoba, en el art. 22, dice: "Los derechos y garantías establecidos en esta Constitución son de aplicación operativa, salvo cuando sea imprescindible reglamentación legal".

Para una eficaz vigencia de los derechos y garantías el instrumento es la ley. Su cumplimiento nos da la libertad, entendida como la facultad de hacer todo aquello que no sea prohibido. Los arts. 17, 18 y 19 de la CN conforman formidables garantías operativas. El primero protege la inviolabilidad del derecho de propiedad; el segundo, el debido proceso legal, la presunción de inocencia y la defensa en juicio, etc.; el tercero marca los límites del ejercicio de la libertad, a saber: el orden, la moral pública y los derechos de terceros. El último párrafo asegura el principio de legalidad: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

GARANTÍAS INSTITUCIONALES. HÁBEAS CORPUS. AMPARO. HÁBEAS DATA. AMPARO POR MORA

por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE*

I. EL HÁBEAS CORPUS

Las garantías son un conjunto de seguridades que protegen o resguardan los derechos individuales consagrados en la Constitución. El insigne Joaquín V. González¹ las calificaba como baluartes de la libertad individual, expresaba que eran "...un valladar a la acción del Estado, especialmente en el ejercicio de la potestad punitiva". Afirma Bidart Campos que estas garantías constitucionales son el soporte de la seguridad jurídica y que, juntamente con el control judicial, constituyen el armazón de la estructura constitucional del Estado. Se ha dicho con razón que la Constitución es por excelencia una Ley de Garantías de las personas frente al Estado.

A los fines de esta exposición, diferenciamos las garantías en personales e institucionales; las primeras están vinculadas a las disposiciones del art. 18, CN, y se refieren a las formas del ejercicio de la represión y al cumplimiento de las penas impuestas, con relación a los derechos personalísimos, y en especial al derecho de defensa.

Las garantías institucionales son, por su parte, procedimientos sumarísimos que aseguran, mediante la intervención directa, rápida y eficaz de la jurisdicción, la posibilidad de defender los derechos individuales, mantenerlos y restablecerlos. Podríamos también caracterizar las garantías institucionales como los mecanismos o procedimientos que la Constitución pone a disposición de los ciudadanos para proteger sus derechos individuales o restaurarlos, en caso de que hubiesen sido privados de ellos en forma indebida o ilegal.

Estos procedimientos integran la figura genérica del amparo en sus diversas manifestaciones.

Siendo el hábeas corpus por su antigüedad, importancia, por los valores que protege y su difusión social, el más conocido por la ciudadanía, lo trataremos en primer lugar.

El hábeas corpus se remonta a la garantía otorgada a los barones normandos por el rey Juan "Sin Tierra", en la difundida Carta Magna de 1215. La expresión ha sido traducida como "sed dueño de vuestro cuerpo" o "exhibid el cuerpo".

¹ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Universidad Nacional de Córdoba, 1967, p. 173.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular en la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Cátedra B.

Podemos describirlo en su modalidad más conocida como una acción sumarísima entablada ante el “juez natural competente” para que éste examine la procedencia de la detención de una persona y analice las condiciones o requisitos formales que otorgan fundamento legal a toda privación de la libertad, y en caso de no reunir los requisitos constitucionales, decida la inmediata libertad del detenido.

El texto constitucional de 1853-1860 no incluyó esta garantía de manera clara y precisa, aunque estaba implícita en el art. 18, CN, que establece que “...ningún habitante puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente...”. Hay quienes opinan que tal omisión proviene del hecho de que en la Constitución norteamericana, cuyo texto fue una de las referencias para la elaboración de nuestra Carta Magna, tampoco se la había consignado expresamente, aunque en el país del Norte el hábeas corpus existía en su legislación aún antes de que lograra su independencia.

Sin embargo, con posterioridad a la sanción de nuestra Constitución de 1853-1860, esta garantía, dentro del marco limitado al que hacemos referencia, se incorporó al texto de varias constituciones provinciales; v.gr., Córdoba (art. 18) de la reforma constitucional de 1923².

La reforma constitucional de 1949, abrogada en el año 1956, reguló el hábeas corpus en su art. 29, con un texto sobre el que recayeron algunas críticas de carácter técnico jurídico.

Si acudimos a la historia de las instituciones en nuestro país desde 1853 en adelante, podemos sostener que las reformas de las constituciones provinciales se produjeron en general cuando fue menester adecuarlas a las modificaciones que se producían en la Constitución Nacional. Pero a partir de la creación de las denominadas “nuevas provincias” en los antiguos territorios nacionales, las convenciones de estos nuevos estados sancionaron en general textos imbuidos de los principios del “constitucionalismo social”, con el reconocimiento explícito de los derechos denominados de “segunda generación” o “derechos sociales”, señalando un nuevo derrotero al sistema constitucional argentino.

Esta tendencia quedó fuertemente ratificada en los textos de las constituciones provinciales reformadas luego de 1983. En estas constituciones encontramos expresamente contemplado el hábeas corpus en sus diversas modalidades, protector no sólo de la libertad ambulatoria, sino también cuando se produjere agravamiento de las condiciones de las detenciones o prisión y ante cualquier alteración, amenaza o violencia que pudieran sufrir en su libertad ambulatoria alguno de sus habitantes.

La provincia de Córdoba, en el texto de 1883, reformado en 1900, 1912 y 1923, consignaba como garantía en el art. 18: “Todo individuo que sufre una

prisión arbitraria, podrá ocurrir por medio de sus deudos, amigos o cualquier otra persona al juez más inmediato, para que haciéndolo comparecer a su presencia, se informe del modo en que ha sido preso, y resultando no haberse llenado los requisitos constitucionales, lo mande poner inmediatamente en libertad”. Como se puede observar, la garantía estaba constreñida a los casos de privación ilegítima de la libertad.

En el año 1984 se sancionó la Ley Nacional 23.098, denominada “Procedimiento del Hábeas Corpus”, que en su art. 1° establecía su aplicación obligatoria para todo el territorio nacional y las provincias, salvo que éstas en sus textos constitucionales o en las leyes dictadas en su consecuencia ofrecieran mayor protección a los derechos a los que se refiere la ley. Este cuerpo normativo protege a los habitantes del país contra toda acción u omisión de autoridad o de particulares que atente contra sus libertades físicas, sea por: 1. Limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria, sin orden escrita de autoridad competente. 2. Agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad. También en el art. 3° se garantiza la vigencia de estos derechos aun durante el estado de sitio.

Esta ley se sancionó varios años después de la Ley Nacional de Amparo y luego de que varias provincias incorporaran leyes en el mismo sentido que la norma nacional arriba citada.

Dentro de este contexto, el proceso de reforma de las constituciones provinciales que comenzara en el año 1986 avanzó considerablemente, ampliando el otorgamiento de garantías a sus habitantes; así, en la reforma constitucional de Córdoba de 1987, el art. 47 referido al hábeas corpus estableció: “Toda persona que de modo actual e inminente sufra una restricción arbitraria de su libertad personal, puede recurrir por cualquier medio, por sí o por terceros en su nombre al juez más próximo, para que tome conocimiento de los hechos, y de resultar procedente, mande a resguardar su libertad o haga cesar la detención en menos de veinticuatro horas.

“Puede ejercer también esta acción quien sufra una agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, sin detrimento de las facultades propias del juez del proceso.

“La violación de esta norma por parte del juez es causal de destitución”.

El hábeas corpus se incorporó expresamente en las constituciones provinciales argentinas: Buenos Aires, art. 20, inc. 1°; Chaco, art. 19; Chubut, art. 55; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 16; Corrientes, art. 8°; Entre Ríos, art. 27; Formosa, art. 17; Jujuy, art. 40; La Pampa, art. 16; La Rioja, art. 27; Mendoza, art. 21; Misiones, arts. 16, 17, 18; Neuquén, arts. 44, 45, 46; Río Negro, art. 43; Salta, art. 88, San Juan, art. 32; San Luis, art. 30; Santa Cruz, art. 16; Santa Fe, art. 9°; Santiago del Estero, art. 58; Tierra del Fuego, art. 42; Tucumán, art. 33.

Con posterioridad, la reforma de la Constitución Nacional de 1994 en su art. 43, modificó sustancialmente el hábeas corpus con el siguiente texto: “Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuere la li-

² FRÍAS, Pedro J. y otros, *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 157/119.

bertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en las formas o condiciones de la detención o en la desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

El párrafo es contundente y prevé diversas situaciones: a) caso de lesión, restricción o aun simple amenaza de la libertad física; b) agravamiento ilegítimo en las formas y condiciones de detención; c) desaparición forzada de personas.

Coincidimos con Menem y Dromi, cuando afirman la vital importancia que tiene este mecanismo de protección de la libertad física: “...Si no se tiene libertad física, libertad corporal, cualesquiera de los otros derechos dejarían de tener sentido...”. Ambos autores señalan que el texto del art. 43 no hace distinción entre actos de autoridad y de particulares, y ello está ratificado por abundante doctrina y jurisprudencia.

De manera tal que en todo el territorio nacional, sea por la vigencia de los textos constitucionales provinciales o por lo que estatuye la Constitución Nacional en su art. 43, los ciudadanos gozamos de la garantía de las varias modalidades de hábeas corpus según lo distinguen Sagüés y Zarini:

1. *El hábeas corpus preventivo*, tendiente a evitar la privación ilegal de la libertad física y ambulatoria en sentido amplio, como también ante las posibles amenazas ciertas e inminentes de detención arbitraria.

2. *El hábeas corpus restringido*, para hacer cesar limitaciones, atentados o molestias ilegítimas que perturban la libertad de locomoción o ambulatoria sin llegar a la detención o privación de la libertad. Por ejemplo, restricciones para acceder a lugares públicos y privados, a domicilios particulares, a sedes partidarias o gremiales, vigilancias, seguimientos, etc.

3. *El hábeas corpus reparador*, cuyo objeto es hacer cesar la restricción o privación ilegal de la libertad física y ambulatoria de cualquier persona, por parte de autoridad pública o de particulares.

4. *El hábeas corpus correctivo*, cuya finalidad es terminar con actos u omisiones que agraven indebidamente la situación de una persona detenida legalmente y que puede manifestarse en malos tratos inferidos al detenido o condenado, alojamiento en lugares inadecuados de detención, restricciones y rigores que no se compadecen con la índole del delito cometido, etc.

Por la característica de esta acción, ésta debe ser de gran celeridad y con un procedimiento sumario.

La vieja discusión relacionada con la naturaleza del hábeas corpus, si se trata de una acción o un recurso, ha quedado superada con la actual redacción de las normas que lo rigen, en especial el art. 43, CN, que determina que el amparo, y, por ende, el hábeas corpus, que es una modalidad de aquél, es una acción autónoma e independiente, que persigue la revisión no solamente de un acto lesivo de un derecho, sino que es un verdadero proceso de control de constitucionalidad.

La legitimación activa para la interposición del hábeas corpus es amplia, puede ser intentada por el afectado o cualquier persona, individual o jurídica, a favor de aquel que padece este tipo de restricciones de sus derechos.

A modo de colofón, compartimos con Ekmekdjian la opinión de que si bien el caso de la desaparición forzada de personas podría bien ser considerado dentro del denominado “hábeas corpus reparador”, la Convención Constituyente de 1994 al mencionarlo expresamente ha querido dejar patentizada su cerrada oposición ante este tipo de métodos aberrantes adoptados por el último gobierno *de facto*, adhiriéndose a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que admitió este tipo de acciones para lograr averiguar el paradero de algunas personas cuya desaparición había sido denunciada por parientes o amigos.

Estas circunstancias repudiables que se dieron tanto en nuestro país como en las Repúblicas hermanas de Chile, Uruguay, Perú, entre otras, justificaron el dictado, por parte de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, con fecha 9/6/1994, de la “Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas”, incorporada a nuestra Constitución (art. 75, inc. 22), que define los actos de desaparición forzada de personas, otorga jurisdicción a cualquier Estado parte para juzgar estos hechos como delitos supranacionales, cuando la víctima o el victimario sean nacionales de ese Estado, establece también la imprescriptibilidad de la pena, no admite la eximente de la obediencia debida y prohíbe el juzgamiento por tribunales ajenos a los ordinarios, especialmente los militares.

II. LA ACCIÓN DE AMPARO

En la reforma constitucional de 1994 se sancionó el art. 43, que otorga jerarquía constitucional a varias garantías procesales preexistentes a la reforma, a las que ya la doctrina y la jurisprudencia le reconocían tal jerarquía, porque derivan de los arts. 33 y 18, CN. En la Convención Constituyente Reformadora fueron incluidos en este artículo el amparo, el hábeas data, el hábeas corpus y otras acciones tutelares a las que oportunamente nos referiremos.

La primera parte del artículo mencionado establece: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva...”.

La inclusión de esta garantía en el texto constitucional, significó la concreción de un largo camino trazado por un conjunto de antecedentes doctrinales, jurisprudenciales, recomendaciones de congresos y jornadas científicas y de sus proyectos legislativos presentados a las Cámaras del Congreso.

92

Antes de su incorporación en el texto de la Constitución Nacional, el amparo se encontraba regulado por la ley 16.986, sancionada paradójicamente por un gobierno *de facto* y por normas de similar contenido dictadas por los gobiernos provinciales, como consecuencia de la sanción de la Ley Nacional arriba mencionada.

Los pronunciamientos judiciales emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, anteriores a la vigencia de las normas arriba citadas, han influido fuertemente en el desarrollo de la institución, a partir de la aceptación del amparo por ese alto tribunal en el caso "Siri, Ángel", del año 1957.

Planteado el reclamo por el dueño de un periódico que se encontraba clausurado, al llegar la cuestión por vía de apelación ante la Corte, ésta señaló "que no se trata en autos de un recurso de hábeas corpus sino de una acción basada en las libertades constitucionales previstas en los artículos citados".

La opinión mayoritaria favorable a la petición de la parte actora citó en apoyo de sus argumentos la tesis de Joaquín V. González, consignando "que basta esta comprobación inmediata (restricción de la libertad de imprenta y de trabajo), sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa legal, para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente".

Este fallo se apartaba de los antecedentes jurisprudenciales vigentes hasta ese entonces y significaba el triunfo de la ley constitucional sobre la ley ordinaria; al resolver que ante el silencio o ineficacia de ésta, aquélla debe conservar su plena operatividad y vigencia.

El mismo tribunal, al tratar posteriormente el caso "Kot", amplió los términos de la sentencia anterior, también por voto en mayoría. En esta ocasión, se trataba de la ocupación de una fábrica por sus obreros, habiendo resultado infructuosos todos los trámites administrativos y judiciales para lograr la restitución del bien. Planteado el amparo, tanto en primera como en segunda instancia, la actora no logró obtener sentencia favorable, por lo que el asunto llegó ante el alto tribunal por vía del recurso extraordinario para su consideración.

La Corte Suprema expresó en esta ocasión: "...que se ha comprobado la ocupación ilegítima manifiesta, que ello significa un agravio serio e irreparable para los propietarios de la fábrica...". Y agregó: "...que no hay nada en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los derechos humanos —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a la protección de los ataques que provengan sólo de la autoridad. Lo importante no es el origen de la restricción sino los derechos en sí mismos, para que sean salvaguardados".

La creación pretoriana del amparo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación aportó un instrumento trascendental en la limitación del ejercicio del

poder y, consecuentemente, en la defensa de la libertad y de los derechos fundamentales del hombre, según lo sostiene Ekmekdjian³.

Podemos considerar al amparo como una acción judicial, breve y sumaria destinada a garantizar los derechos y libertades que surgen de la propia Constitución, excepto la libertad física protegida por el hábeas corpus.

Recordemos que desde el año 1933 hasta el dictado de la Ley Nacional 16.986 se presentaron en el Congreso Nacional numerosos proyectos que pretendían reglamentar la acción de amparo⁴, y en la Convención Constituyente del año 1957 se recibieron varias iniciativas que propugnaban la incorporación de dicha garantía. Sin embargo, fue la jurisprudencia del más alto tribunal de justicia de la Nación la que plasmó esta arma adecuada para la protección de los derechos humanos explícitos e implícitos, sin esperar las decisiones del Congreso Nacional.

En esta materia, el derecho público provincial también despejó los senderos a la Constitución Nacional y algunas provincias incorporaron la acción de amparo en sus textos constitucionales, como la provincia de Santa Fe, en 1921 (art. 17); Entre Ríos, en 1933 (arts. 25 y 26); Santiago del Estero, en 1939 (art. 22), y las constituciones de las nuevas provincias a partir de 1957: Chaco, Chubut, Formosa, La Pampa, Misiones, Santa Cruz y Río Negro.

Luego del dictado de las sentencias de la Corte Suprema en los casos "Siri" y "Kot", los tribunales inferiores comenzaron a resolver reclamaciones de amparo judicial, con fundamentos que fueron marcando los caracteres de esta garantía constitucional.

Recién en el año 1966 se sancionó la Ley Nacional 16.986, que si bien reglamentó el amparo en general, de acuerdo con alguno de los criterios que precedentemente había sentado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo hizo adoptando una postura restrictiva con relación a lo resuelto en los fallos mencionados precedentemente.

El art. 1° de la Ley Nacional establecía: "La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de la autoridad pública, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad ambulatoria tutelada por el 'hábeas corpus'".

Según el texto, la acción de amparo resultaba procedente solamente contra actos u omisiones de la autoridad, pero no contemplaba los agravios de particulares. Exigía como condición para su procedencia la existencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta y no admitía esta vía cuando la cuestión requiriera mayor debate o la producción de prueba, o cuando fuere necesario declarar la inconstitucionalidad de una ley en que se hubiera sustentado el acto lesivo.

Recién posteriormente, al modificarse el Código de Procedimientos Civiles de la Nación por ley 17.986 se incorporó el art. 321, referido a los juicios con

³ EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, t. IV, Depalma, Buenos Aires, 2001, arts. 42 a 86, ps. 46 y ss.

⁴ Véase *Derecho público provincial*, cit., p. 161.

procedimiento sumarísimo, y en el inc. 2° se contempló la acción de amparo en "contra de los actos u omisiones de los particulares".

Más tarde se modificó el régimen de procedimiento administrativo nacional por la ley 19.549, y en art. 28 se incorporó el sistema de "amparo por mora de la Administración". En el ámbito nacional, con el transcurso del tiempo, mediante diversas leyes, se fueron regulando y reglamentando distintos tipos de amparos especiales y específicos, como el "amparo electoral" (arts. 10, 11 y 148, Código Electoral Nacional, ley 19.945); el "amparo fiscal" (arts. 164 y 165, ley 11.683); el "amparo aduanero" (art. 164, ley 11.683); Código Aduanero (arts. 1160 y 1161, ley 22.415); el "amparo previsional" (art. 26, ley 24.463); el "amparo sindical" (arts. 47 y 52, ley 23.551), según nos lo recuerda Gentile.

La provincia de Córdoba, como la mayoría de los estados provinciales argentinos que no tenían incorporados en sus textos constitucionales esta garantía, sancionó con posterioridad al dictado de aquella, una ley similar a la del amparo nacional, para proteger a los habitantes de la provincia en contra acciones u omisiones de autoridad.

Con posterioridad, siguiendo el pensamiento mayoritario de la doctrina constitucional, la Legislatura provincial sancionó en 1974 la ley 5770, que sustituyó el art. 1° de la ley 4915 por el siguiente: "La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares ya sea que actúen individual o colectivamente y como personas físicas o jurídicas que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, afecte o amenace con ilegalidad manifiesta las libertades, derechos y garantías reconocidos y acordados por las constituciones de la Nación y de la provincia, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus". Con esta reforma, quedaba consagrada en la provincia la ampliación de la garantía también a favor de quienes fueren afectados por la acción u omisión de los particulares, avanzando con relación a la norma nacional.

Tanto la Ley Nacional 16.986 como la Ley Provincial 4915, modificada por la 5770, de Córdoba, habían incorporado en el art. 2° una serie de disposiciones que significaban un vallado para admitir la acción. Dichas normas establecen las causales que tornan inadmisibles la acción de amparo, y así expresan: "...La acción de amparo no será admisible cuando:

"a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate".

Por ser un remedio excepcional, como principio no puede instrumentarse mientras existan acciones o recursos judiciales o administrativos que puedan reparar los derechos presuntamente lesionados. Sin embargo, la existencia de estas "vías paralelas" no puede ser obstáculo para la viabilidad del amparo, si la utilización de ellas trajera aparejada la frustración de los derechos presuntamente lesionados o un mal grave e irreparable. Así lo había establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "Kot SRL". Este criterio persistió en abundante jurisprudencia, pese a la vigencia del art. 2°, inc. a) de la ley.

"b) El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial".

Según esta disposición, las decisiones que toman los jueces en los pleitos sometidos a su consideración, a través de una sentencia definitiva o de un auto interlocutorio, no pueden ser cuestionados por la vía del amparo. Un importante sector de la doctrina estima que ante la sanción del art. 43, CN, resulta inadmisibles que se pretenda mantener la exigencia del cumplimiento del art. 2°, inc. b), ley 16.986, que considera improcedente acudir a esta acción, cuando el acto impugnado emana de un órgano del Poder Judicial.

Sin embargo, Sagüés entiende que es comprensible y lógico excluir de la protección de esta vía excepcional del amparo a los actos emanados de los órganos del Poder Judicial, cuando éstos actúan en ejercicio de su jurisdicción y competencia. Pero ello no resulta justificado en los casos de los actos administrativos que estos órganos jurisdiccionales pudieran realizar; como por ejemplo en la aplicación de sanciones administrativas, postergación de ascensos, cobertura de vacantes administrativas dentro del tribunal, etc.

"c) La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado".

La opinión mayoritaria de la doctrina considera que esta prohibición resulta aplicable solamente cuando se trata de la prestación de un servicio público esencial.

"d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas".

La primera parte de este inciso se explica por sí misma, ya que, como hemos expresado, el amparo es una acción excepcional, sumaria y de plazos breves. Con relación a la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación omitió esta restricción en varios casos, y la dejó sin efecto en el caso "Peralta", cuando admitió la acción de amparo como acción declarativa de inconstitucionalidad⁵.

También se ha criticado el requisito que exime del amparo a todas aquellas causas que exigieran una mayor amplitud del debate o de la prueba. La aplicación por parte de los jueces de esta causal mediante una exégesis liviana, ha permitido en ciertos casos desvirtuar la institución.

Reiteramos que nos encontramos ante un remedio excepcional, que como tal se aplica subsidiariamente, cuando no existen otros remedios judiciales o administrativos a los que el afectado pudiera recurrir. El trámite debe ser rápido, y el juez debe expedirse dentro de plazos perentorios; sin embargo, se prevé el trámite de un verdadero juicio sumario, con contraparte que pueda fundamentar ante el juez la decisión cuestionada y con posibilidad de ofrecimiento de prueba por ambas partes.

⁵ "Peralta L. v. Estado Nacional s/amparo", LL del 3/6/1991.

No obstante ello, compartimos la posición de aquellos que consideran que se trata de un remedio residual y heroico, utilizable, según criterio de la Corte Suprema de Justicia, "para las delicadas y extremas situaciones en las que, por falta de otros medios legales pelagra la salvaguardia de derechos fundamentales".

"e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse".

Este plazo, que ha sido considerado por parte de la doctrina como muy exiguo, comienza a correr desde que cesa el acto violatorio del derecho o desde el momento en que el agraviado toma conocimiento de la lesión a sus derechos. Si el agravio fuera continuo, el plazo no comenzaría a correr.

La reforma constitucional de la provincia de Córdoba del año 1987, en la 1ª parte, Tít. I, secc. IV, reguló en el art. 48 el amparo con un criterio más amplio que el de las anteriores normas vigentes a ese momento. Su texto dice así: "Siempre que en forma actual e inminente, se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución o por la Constitución Nacional y no exista otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño, la persona afectada puede pedir el amparo a los jueces en la forma que determine la ley".

La redacción del texto demuestra que la reforma constitucional de 1987 no distingue entre los actos u omisiones cuyos autores sean autoridad o de particulares; ambas situaciones están comprendidas en la garantía. También exige que la acción sea excepcional y sumaria y que se acredite que el perjuicio es actual o inminente, con características de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.

Antes de la reforma constitucional de 1994, la mayoría de las provincias argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires habían ya incorporado en sus constituciones locales la garantía del amparo, con mayor o menor amplitud: Buenos Aires, art. 20, inc. 2º; Catamarca, art. 40; Chaco, art. 19; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 14; Córdoba, art. 48; Chubut, art. 54; Formosa, art. 23; Jujuy, art. 41; La Pampa, art. 17; La Rioja, art. 28; Entre Ríos, arts. 25 y 26; Formosa, art. 23; Jujuy, art. 41; La Pampa, art. 17; La Rioja, art. 28; Misiones, arts. 16, 17 y 18; Río Negro, art. 43; Salta, art. 87; San Juan, art. 40; Santa Cruz, art. 15; Santa Fe, art. 17; Santiago del Estero, art. 59; Tierra del Fuego, art. 43; Tucumán, art. 34.

El proceso tendiente a establecer en plenitud la garantía del amparo en el territorio de la República culminó con la reforma constitucional de 1994, al incorporar el art. 43, que otorga privilegiada jerarquía a las garantías del amparo, el hábeas corpus, el hábeas data y la protección de los denominados "intereses difusos" vinculados a la discriminación, medio ambiente, libre competencia, a los derechos del usuario y el consumidor y demás derechos de incidencia colectiva.

Basta la lectura del texto para advertir cuánto ha avanzado el constituyente nacional respecto de la ley 16.986. ¿Quiénes son los titulares de esta acción? La norma expresa que "toda persona", debiendo entenderse por tal a las individuales o colectivas, que acrediten la lesión de un derecho subjetivo o un in-

terés legítimo. Esta protección excepcional puede interponerse "siempre que no exista otro medio judicial más idóneo", lo que implica que en ciertos casos pueden obviarse el agotamiento de las vías administrativas previas, cuando acudiendo a ellas se pudiera provocar un gravamen irreparable.

El amparo sigue siendo un remedio excepcional, que través de una vía procesal expeditiva y sumaria, tutela derechos reconocidos por la Constitución Nacional. Es admisible no solamente en los casos en que se cuestiona un accionar de la administración, sino también en aquellos en que ésta omite realizar cometidos a los que se encuentra obligada y tal omisión redundante en la violación de los derechos constitucionales de los afectados.

Se requiere que el perjuicio sea actual, pero aun en el caso de que éste no se haya producido, debe existir un peligro de su inminencia o proximidad.

También se exige como requisito de su admisibilidad que el actuar del agravante sea arbitrario o estuviera revestido de ilegalidad manifiesta; lesionando, restringiendo, alterando o amenazando, los derechos y garantías explícitas o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional.

Admite también la interposición de esta acción, contra actos u omisiones de particulares, hipótesis no prevista en la Ley Nacional citada precedentemente.

Protege no solamente los derechos y garantías mencionados expresamente en la Constitución y los que derivan de los tratados internacionales, tengan o no jerarquía establecida por el art. 75, inc. 22, CN, como también los derechos implícitos (art. 31, CN).

La norma confiere al juez la potestad de declarar, tanto de oficio o a petición de parte, la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

La incorporación de la figura del amparo a la Constitución Nacional significa que protege a todos los habitantes del país, que se ha convertido en una garantía federal, cualquiera sea la autoridad pública causante de la lesión, "...sin perjuicio de la distinta competencia que pueda resultar según el origen nacional o local de dicha autoridad". Así lo ha entendido el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, al señalar que el amparo "comporta una garantía que se extiende a todos los habitantes del país por aplicación del principio de supremacía constitucional contenido en el art. 31 de la Ley Fundamental, y que impone a las autonomías provinciales el deber de adecuar sus instituciones a los principios declaraciones y garantías consagrados en ella, art. 5º, CN"⁶.

La acción puede ser interpuesta por cualquier persona individual o jurídica, porque la protección excede los casos de lesión de derechos subjetivos, incluyendo los intereses legítimos y los derechos difusos. Se trata de una acción expedita, libre de todo obstáculo, con lo que parece que el Constituyente ha querido volver a la concepción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Siri".

⁶ KESELMAN, Sofía A. - MARCELLINO, Verónica, *El amparo en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba*, Córdoba, 2001, p. 18.

Aun luego de sancionado el art. 43, CN, se mantiene la controversia sobre el párrafo que impone la necesidad de plantear la acción de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. Al respecto, la doctrina se divide entre quienes consideran que el amparo será siempre el medio judicial más idóneo, por lo que esta garantía se ha transformado en una acción principal o directa (Rivas, Morello, Dromi, Bidart Campos, etc.).

Sagüés, cuya opinión compartimos, considera que la inclusión de este nuevo adjetivo calificativo, no cambia el carácter subsidiario del amparo, que se da también para los casos en que sea menester agotar la vía administrativa previa. En tal situación, el afectado debe demostrar *prima facie* que el proceso de amparo es por lo menos tan idóneo como el ordinario para lograr la reivindicación de sus derechos.

Esta postura no solamente tiene un andamiaje doctrinario, sino que a la vez tiene en cuenta la situación de colapso a la que arribaría el Poder Judicial, si se interpretara que el amparo se ha convertido en una vía paralela o alternativa, ante la interposición de un cúmulo de demandas de este tipo, tal como ocurrió en nuestro país en la emergencia derivada de la "pesificación" acaecidas en los años 2001 y 2002.

Autores como Lino Palacios afirman que el proceso ordinario no puede en ningún caso ser considerado el remedio más idóneo que el amparo. Ante la controversia que suscita esta cuestión de la "vía más idónea", consideramos que serán la práctica judicial y la jurisprudencia las que irán determinando con mayor precisión el verdadero significado de este dispositivo.

El amparo protege los derechos de los afectados ante toda acción u omisión de autoridad pública o de particulares.

El concepto de autoridad pública debe entenderse en el sentido más amplio, con relación a los tres poderes del Estado y a las entidades estatales o mixtas con participación estatal.

Tratándose de una garantía protectora de todos los habitantes del país, las disposiciones de las constituciones provinciales sobre este tema deben ceder ante la primacía del texto del art. 43, 1ª parte, sin perjuicio de la posible aplicación de las normas procesales provinciales para la sustanciación de la acción, que por ser de naturaleza especial, tienen características propias.

A partir de su vigencia, sus disposiciones son aplicables en todo el territorio nacional para todos los amparos, tengan ellos o no regulación provincial. Las normas de los estados provinciales, dictadas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, solamente podrán aplicarse en los casos en que ellas no contradigan el texto constitucional mencionado y en la medida en que puedan resultar más favorables al afectado.

En esa dirección, nuestro máximo tribunal local en numerosos precedentes ha destacado que el art. 43 "...en tanto prevé como condicionamiento del amparo la inexistencia de otro medio judicial más idóneo, no deroga el art. 2º, inc. a), ley 4915, ni hace que la acción de amparo deje de ser una acción subsidiaria, viable ante la inexistencia de otra vía, que posibilita el acceso del

guardo del derecho invocado (...) El amparo queda reservado a los supuestos en que exista arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y además las vías ordinarias carezcan de idoneidad para otorgar al justiciable una tutela judicial efectiva al derecho invocado".

"No obsta a la vigencia de las normas reglamentarias anteriores, en tanto éstas no se opongan a la letra, a su espíritu o resulten incompatibles con el remedio judicial instituido en el citado precepto constitucional como un instrumento ágil, eficaz y expeditivo para asegurar la vigencia cierta de los derechos constitucionales..." (sentencia del Trib. Sup. Just. Córdoba, en pleno, nro. 57 del 18/5/1999, *in re* "Miranda Liliana y otros v. Municipalidad de Córdoba s/amparo. Cuestión de competencia recurso directo", y otros fallos similares).

El magistrado, luego de entablada la demanda de amparo, debe determinar en un plazo breve si la acción es manifiestamente inadmisibile. En tal caso, la rechaza y ordena el archivo de las actuaciones.

Si la declara admisible, puede hacer lugar a las medidas precautorias solicitadas por el actor, en el entendimiento de que de no hacerlo puede ocasionar un gravamen irreparable al presunto afectado, sin que ello importe decidir sobre el fondo de la cuestión planteada.

A pesar de tratarse de un procedimiento sumario, se admite un reducido período de prueba y luego de producidas éstas, el juez debe decidir sobre el fondo de la cuestión planteada, admitiendo o rechazando la acción de amparo.

Dada la naturaleza del juicio, la ley ha dispuesto que la sentencia hace cosa juzgada respecto del amparista, dejando subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que pudieran corresponder a las partes con independencia del amparo (art. 13, ley 5770, de la provincia de Córdoba).

También la ley 4915 ha dispuesto, que solamente son apelables las sentencias definitivas, las que declaran la inadmisibilidad del amparo previsto en el art. 3º y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado (art. 15).

Atento a que a la fecha en que se redacta el presente texto, el Congreso de la Nación no ha dictado la ley reglamentaria del amparo establecido por el art. 43, norma que ha tenido tratamiento y aprobación en la Cámara de Diputados, pero que aún no ha sido aprobada en el Senado, las normas de la ley 16.986, en el orden nacional, y de la ley 4915, modificada por la ley 5770, mantienen su vigencia en los aspectos vinculados al procedimiento, en la medida en que no contradigan los términos de la norma constitucional. Así, por ejemplo, la prohibición que surge del art. 2º, inc. d), de dicha norma, que considera inadmisibile interponer la acción de amparo en el caso que debiera declararse la inconstitucionalidad de una norma, resulta inaplicable por ser contraria a las disposiciones de la Constitución Nacional.

94

III. AMPARO PROTECTOR DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

El art. 43, CN, en su párr. 2º dispone: "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

La reforma de 1994 ha ampliado el campo de las garantías que brindaba la Constitución, confiriendo protección a los derechos e intereses de incidencia colectiva o de tercera generación.

Hasta hace un tiempo, nuestro sistema jurídico reconocía potestades para reclamar al titular de un derecho que le era propio, para que se le restituyera un derecho subjetivo que hubiera sido conculcado. Posteriormente se amplió la posibilidad de impugnación a todos aquellos que, aunque no fueran titulares de un derecho, tuvieran un interés legítimo en el cumplimiento de la ley.

Hacia el final de la Primera Guerra Mundial, algunos textos constitucionales, v.gr., la Constitución mexicana y la Constitución de la República de Weimar, incorporaron el reconocimiento explícito de los derechos colectivos o de segunda generación. A partir de mediados del siglo XX, como consecuencia de los procesos de concentración poblacional y del fenómeno de globalización que se producen en las sociedades desarrolladas, surge la necesidad de reconocer y garantizar otros tipos de derechos que no tienen un titular exclusivo, sino que pueden ser ejercidos por un grupo determinado, derechos que son de todos y de ninguno y que se denominan "derechos difusos" o de "incidencia colectiva".

En la sociedad actual se produce el aglutinamiento de grupos vinculados a intereses comunes, que con su accionar tienden a proteger derechos que les son comunes.

Señala Bidart Campos⁷: "Al interponerse entre el hombre y el Estado, las organizaciones como cuerpos intermedios, están llamadas a impedir que el Poder del Estado se desmesure y se agigante; están destinadas a contenerlo, a participar en el proceso de decisiones del poder, a actuar como contrapoderes sociales que moderen y amortigüen el poder político".

En la Argentina, la reforma constitucional de 1994 dispuso un reconocimiento explícito de estos derechos colectivos y las posibilidades de que sean debidamente protegidos por el Estado.

Según lo normado, los derechos a tutelar son los que el propio art. 43 expresa en los párrafos que analizaremos: derecho a no ser discriminado, a la protección del ambiente; a la competencia, del usuario y del consumidor.

El campo de protección no se agota en lo expuesto, porque también se extiende la protección a los derechos de incidencia colectiva en general, que se encuentran consagrados en los arts. 41 y 42 de la Constitución.

Ekmekdjian⁸ considera que estas garantías deberían haberse denominado con mayor precisión "amparo colectivo" o "acción popular de amparo" para la protección de los "intereses difusos"; estima que el constituyente ha utilizado una terminología menos agresiva, al calificar estos derechos como de "incidencia colectiva". Este autor caracteriza al amparo colectivo o a la acción popular de amparo como "...el derecho que tiene cada individuo para exigir la intervención judicial contra las violaciones constitucionales a sus intereses individuales o compartidos con otras personas, o contra cualquier otro tipo de violación, incluso de aquellas que —de cualquier modo— afecten los derechos protegidos (actuales o futuros), ya sea que estas violaciones las realice el Estado o un particular".

Están legitimados para ejercer la defensa de estos derechos: el afectado, el Defensor del Pueblo, que según el art. 86 de la Constitución tiene como misión la defensa y protección de los derechos humanos y los demás derechos y garantías tutelados en esta Constitución, y las asociaciones que propendan a estos fines, "registradas conforme a la ley".

La Constitución reconoce legitimación procesal a cada uno de los sujetos que menciona, sea para que actúen individual o colectivamente. Ello no significa que si uno de ellos entabla la acción, queda negada la legitimación de los otros, tal como lo advierten Bidart Campos y Quiroga Lavié⁹.

El concepto de "afectado" abarca a toda persona titular de un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés difuso, según Sagüés, que se siente aquejada, molestanda o perjudicada por una acción u omisión arbitraria que afecte un derecho de incidencia colectiva, aun de un modo indirecto o reflejo, en otras palabras, un interés difuso, según lo postula Morello. Para Bidart Campos, "afectados" son todos aquellos que comparten un interés difuso o colectivo.

El Defensor del Pueblo, creado por el art. 86 de la Constitución reformada, también está habilitado para ejercer la defensa de estos intereses colectivos. Bregamos para que sus funciones en esta materia sean consideradas coadyuvantes con las del ciudadano común o con las de las asociaciones colectivas, y no como un tutelaje de los derechos que aquéllos quisieran ejercer.

Con relación a las asociaciones de consumidores, que también se encuentran autorizadas para ejercer este tipo de reclamo, en países como los Estados Unidos estas agrupaciones gozan de gran influencia y capacidad de movilización de la opinión. Sabemos que con su actuar han logrado que algunas empresas modificaran sus políticas de precios contrarias a los intereses de los consu-

⁸ EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, t. IV, Depalma, Buenos Aires, 2001, ps. 65 y ss.

⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 319; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *La reforma de la Constitución*, Rubin-

⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., *La recreación del liberalismo. Política y derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires 1982.

midores y han llevado a la quiebra a algunas que actuaban como monopolios o oligopolios y que pretendían perjudicar los intereses de los usuarios para su propio beneficio.

En nuestro país este tipo de organizaciones han comenzado a adquirir importancia e influencia en la medida en que se intensifica la solidaridad y la cultura cívica en la sociedad. Así es como las asociaciones de consumidores han sido reglamentadas por la ley 24.240, en su cap. XIV, y en el art. 55 determina que las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando se encuentren objetivamente afectados o amenazados, intereses de los consumidores, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor, prevista en el párr. 2° del art. 58.

Los derechos protegidos son "cualquier forma de discriminación", cuando se pretende subestimar o darle un trato despectivo a una persona o un grupo de personas, por su nacionalidad, religión, origen, actividad o estamento social.

También, los "derechos que protegen el ambiente" que, como hemos expresado, son objeto de tratamiento en el art. 41. Una parte considerable de la doctrina considera que en esta materia de medio ambiente, la Constitución legitima la acción popular para la protección judicial de los intereses difusos.

Además, se resguarda el derecho a la competencia, en los términos que establece el art. 42, CN, evitando la acción distorsiva de los monopolios u oligopolios que existen en nuestro país, sean de orden privado o público, y que por su posición preeminente distorsionan el mercado y afectan a los usuarios y consumidores.

Según la Constitución, se pretende proteger los intereses de incidencia colectiva, término que no está definido en el texto y que, por ende, ha dado motivos para que la doctrina exprese posiciones diversas sobre su significado. Algunos han expresado que se tratan de "derechos públicos subjetivos", otros de "derechos difusos", y que esta modalidad de amparo debería denominarse "acción popular para la protección de los derechos difusos".

A nuestro entender, la amplitud del resguardo lo determinará la interpretación que la jurisprudencia realice, pero estamos ante la posibilidad de que nos encontremos ante una acción popular para la protección de los intereses difusos.

A modo de colofón, debemos dejar constancia de que la reforma de la Constitución de la provincia de Córdoba de 1987 incorporó en el art. 53 estas garantías, bajo el título "Protección de los intereses difusos", con una redacción más clara y concisa, en estos términos: "La ley garantiza a toda persona, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado, la legitimación para obtener de las autoridades la protección de los intereses difusos, ecológicos o de cualquier índole, reconocidos en esta Constitución".

IV. HÁBEAS DATA

El párr. 3° del art. 43 incorpora una forma especial de amparo, denominada "hábeas data", cuya finalidad es la protección de la libertad, la intimidad y

la dignidad de las personas; recibe esta denominación, mezcla del latín e inglés, cuyo significado puede traducirse libremente como "exhibir los datos".

El mundo actual se caracteriza por la amplia capacidad de recepción y difusión de datos e información y ello obliga a que este derecho, que es propio de toda sociedad democrática, se compatibilice con el que tienen todas las personas de mantener su intimidad, la propia imagen y el honor, otorgando la posibilidad de comprobar la veracidad de los datos referidos a ellas, existentes en registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer informes.

Se trata de superar la dialéctica entre la protección de la privacidad por una parte, y el derecho de ser informado de los datos registrados acerca de las personas, por la otra.

Similares garantías las podemos encontrar en el derecho comparado. En EE.UU., Francia, Alemania, España y Portugal se sancionaron normas garantistas en esta materia; Brasil las incorporó en el texto constitucional de 1988.

También algunas constituciones provinciales reformadas antes de 1994 contemplaron esta garantía; como Córdoba, que en su art. 50, y bajo el título de "Privacidad", expresa: "Toda persona tiene derecho a conocer lo que de él conste en forma de registro, la finalidad a la que se destina esa información, y a exigir su rectificación y actualización. Dichos datos no pueden registrarse con propósitos discriminatorios de ninguna clase ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando tenga un interés legítimo. La ley reglamenta el uso de la informática para que no se vulneren el honor, la intimidad personal y el pleno ejercicio de los derechos". Normas de similar naturaleza exhiben las constituciones de Buenos Aires, art. 20, inc. 3°; Río Negro, art. 26; San Juan, arts. 26 y 27; Tierra del Fuego, art. 45.

Sesín define la acción de hábeas data como una modalidad del amparo, que permite a toda persona interesada acceder al conocimiento de los datos que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes y a exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos en caso de falsedad o discriminación.

Desde la doctrina se precisan cinco objetivos de esta acción protectora de la intimidad: a) Que toda persona puede acceder a la información que sobre ella conste en un registro de bancos de datos público. b) Que se actualicen datos atrasados. c) Que se rectifiquen los datos inexactos. d) Que se asegure la confidencialidad, impidiendo que ciertos datos que tienen los organismos oficiales o los privados destinados a proveer información, no sean transferidos a terceros. e) Que se borre de un registro la información sensible, entendiendo por tal la referida a la vida íntima, a las ideas políticas o religiosas o al comportamiento en la esfera de la privacidad, a las tendencias sexuales, etc.

El gran volumen de información que poseen algunos organismos del Estado y la enorme cantidad de bancos de datos hoy existentes, hacen imprescindible el funcionamiento de esta garantía para preservar un mínimo de intimidad.



La norma garantiza la confidencialidad de los datos contenidos en registros públicos o privados destinados a proveer informes a terceros, quedando exentos de esta protección los archivos históricos o periodísticos y aquellos destinados a recopilar información, pero que no están habilitados al uso público.

Si se tratara de registros privados, o no destinados a proveer informes, éstos no serían susceptibles en principio de ser demandados por hábeas data. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Ganora, Mario E. y otra"¹⁰, en el que se planteó un reclamo para conocer los datos que pudieran tener registrada una persona en los organismos de seguridad, y ante la falta de respuesta de la administración a lo solicitado, se interpuso judicialmente la acción de hábeas data la que fuera rechazada en primera y segunda instancia. Llegada la cuestión a decisión del alto tribunal, éste decidió favorablemente a los reclamos de la actora, pero fijando pautas para la procedencia de la acción, teniendo en cuenta razones de seguridad nacional.

Quien tiene derecho a promover la acción de hábeas data es el sujeto a quien se refieren los datos. También puede ser ejercida por las asociaciones u organizaciones que se sientan afectadas por información errónea o falsa, en cuyo caso están habilitadas a efectuar el mismo reclamo que los particulares afectados.

El proceso de reglamentación de esta garantía ha sido singularmente azaroso; luego de sancionada la reforma constitucional, se presentaron varios proyectos reglamentarios a propuesta de legisladores, que a su vez son expertos constitucionalistas, como los Dres. Hernández, Gentile y Vanossi. Luego, el Congreso Nacional sancionó una ley que fue vetada en su totalidad por el Poder Ejecutivo nacional y posteriormente se sancionó la ley 25.326, con su decreto reglamentario 1558/2001, que se encuentra vigente a la fecha, a pesar de que la norma ha recibido cuestionamientos por exhibir deficiente técnica legislativa, según sus detractores.

Según la ley mencionada, la legitimación procesal activa le corresponde a la persona física o jurídica que se siente afectada por la existencia de estos datos erróneos, falsos, equívocos o discriminatorios. El art. 34 de la norma establece que la acción de protección de los datos personales o de hábeas data podrá ser ejercida por el afectado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por intermedio de apoderado, agregando que en el caso de personas jurídicas, se encuentran facultados sus representantes legales o apoderados.

Los sujetos pasivos serán los bancos o registros de datos destinados a proveer informes.

Es conveniente que como requisito previo a la acción judicial, el reclamante efectúe un emplazamiento al registro o banco de datos respectivo para que informe los datos, su finalidad y, en su caso, actualice, rectifique o suprima

¹⁰ Fallos 322:2139.

esos datos. Si no obtuviera respuesta satisfactoria, deberá iniciar la acción pertinente. Si bien la existencia del reclamo extrajudicial previo no es imprescindible para ejercer la acción, tendrá incidencia en la carga de las costas de la litis.

El art. 17 de la ley establece las excepciones al derecho de acceso a la información en los siguientes casos:

1. *Razones de interés público*: Cuando se trate de datos o información que comprometa de manera real y concreta la seguridad del Estado, sus instituciones o la soberanía nacional. En tal caso, el rechazo al acceso deberá ser debidamente fundado, para no tomarse arbitrario.

2. *Protección de derechos e intereses legítimos de terceros*: Situación contemplada en el art. 17, incs. 1º y 15 *in fine*, referida a la protección de derechos de terceros, en relación con los documentos que contienen juicios de valor sobre una persona determinada, a fin de proteger su derecho a la intimidad.

3. *Existencia de actuaciones judiciales o administrativas en curso*: No se admite el reclamo cuando el acceso a los datos pueda perjudicar una investigación judicial o administrativa, o el normal desenvolvimiento de la causa, el ejercicio del poder de policía o el principio de inocencia de raigambre constitucional¹¹.

Cuando se interpusiera esta acción, será aplicable la ley 25.326, salvo que las normas constitucionales provinciales resultaren más favorables a los derechos de los afectados.

V. AMPARO POR MORA DE LA ADMINISTRACIÓN

La administración tiene el deber jurídico de resolver expresamente los reclamos e impugnaciones que se le formulen, esta obligación surge de normas constitucionales y legales, como por ejemplo en el art. 14, CN, que establece como uno de los derechos civiles fundamentales el de "peticionar a las autoridades". Este derecho tiene su correlatividad en el "deber-obligación" de la administración de responder a las peticiones que se le formulan, pues de otro modo se tornaría ilusoria y carente de sentido esta potestad del administrado.

La reforma constitucional de 1994, al disponer mediante el art. 75, inc. 22, conferirle jerarquía constitucional a la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", que en su art. XXIV dispone que el derecho de petición incluye el de "obtener una pronta resolución", ha ratificado la obligatoriedad de este principio. La doctrina y la jurisprudencia han recogido esta incorporación normativa a nuestro sistema¹².

¹¹ HARO, Ricardo - ZANATTA, Hugo, *Curso de derecho constitucional argentino*, t. II, Advocatus, Córdoba, 2003, ps. 233 y ss.

¹² C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 7/3/2002, "Igarreta SA v. Ministerio de Salud s/amparo por mora".

En órbita nacional, la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, dec.-ley 19.549, establece en el art. 1º una serie de principios a los que se encuentra sometida la administración: impulsión de oficio, celeridad, obligatoriedad de los plazos y debido proceso adjetivo; estas disposiciones vienen a reforzar y reglamentar la norma constitucional.

El debido proceso adjetivo incluye, entre otros aspectos, reconocer que el administrado tiene derecho a una decisión fundada de la autoridad administrativa competente.

Si recorremos las normas dictadas por las constituciones provinciales sobre el tema, encontraremos que la de la provincia de Córdoba, en el art. 52, regula el amparo por mora de la Administración, en estos términos:

“Para el caso de que esta Constitución, una ley u otra norma impongan a un funcionario, repartición o ente público administrativo, un deber concreto a cumplir en un plazo determinado, toda persona afectada puede demandar su cumplimiento judicialmente y peticionar la ejecución inmediata de los actos que el funcionario, repartición o ente público administrativo se hubiera rehusado a cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos enunciados, de la obligación legal y del interés del reclamante, puede librar mandamiento judicial de pronto despacho en el plazo que prudencialmente establezca”.

Esta obligación de la administración de pronunciarse y resolver en tiempo y forma los reclamos de los particulares, tiene su antecedente en el *mandamus* del derecho anglosajón, al que podemos conceptualizar como una garantía ante la inacción de una autoridad pública, que se encuentra obligada a una determinada conducta, impuesta por una norma jurídica.

La acción de amparo por mora la encontramos incorporada en la parte dogmática de varias constituciones provinciales, en los capítulos que hacen referencia a las garantías; v.gr., Chaco, art. 22; Chubut, art. 35; Entre Ríos, art. 26; Formosa, art. 33; Jujuy, art. 39; La Rioja, art. 28; San Juan, art. 41; San Luis, art. 46; Santa Cruz, art. 18, y Tierra del Fuego, art. 48.

En el orden nacional, además del art. 14, CN, ya citado, la garantía está también implícita en el art. 43, párr. 1º, CN, cuando hace referencia a la “omisión de la autoridad pública”.

Además, está expresamente regulada en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, 19.549, modificada por la ley 21.686 en el art. 28, que contempla el amparo por mora de la Administración. El art. 10 de la mencionada ley determina que el silencio o ambigüedad de la administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretará como negativa, lo que permitirá al interesado interponer pronto despacho o vencido los términos otorgados a la administración para pronunciarse, el amparo por mora.

Así como la configuración de la negativa por silencio no obstaculiza el amparo por mora, tampoco debe entenderse que el “pronto despacho” es un requisito previo a esa acción.

En algunas constituciones provinciales, encontramos otra garantía proveniente del derecho anglosajón, que se denomina la *injunction*, y que es una acción protectora que opera en contra de actos realizados por la administración, que son contrarios a la legislación vigente. La *injunction* se encuentra regulada en las constituciones del Chaco, art. 22; Chubut, art. 36; Entre Ríos, art. 27; Jujuy, art. 39; Río Negro, art. 45; San Luis, art. 46.

El art. 52 de la Constitución de la provincia de Córdoba, referido al amparo por mora de la administración, fue incorporado en la reforma constitucional de 1987. La lectura del *Diario de Sesiones de la Convención Reformadora*, no nos ilustra demasiado sobre las motivaciones que tuvieron los constituyentes para su sanción, pues únicamente consta que se votó afirmativamente sin debate. Sin embargo, en las deliberaciones previas, el tema se discutió cuando se trató la acción de amparo en general. Aprobado el artículo, la norma adquirió plena operatividad en virtud de lo establecido en el art. 22 de la Constitución provincial.

Del análisis del art. 52 podemos resaltar ciertos aspectos que caracterizan esta garantía:

a) Es necesario que exista un deber concreto a cumplir en un plazo determinado, que tenga su origen en la Constitución, una ley u otra norma. Dentro de este concepto, están comprendidas todas las disposiciones imperativas emanadas de un órgano con competencia para dictarlas, como Cartas Orgánicas, ordenanzas municipales o decretos.

b) La conducta gravosa que posibilita este amparo consiste en la omisión de cumplir “un deber concreto” en “un plazo determinado”. Con relación al primer requisito, en ningún momento se determina o precisa a qué tipo de deber hace referencia; se exige además que también se haya cumplido el plazo establecido a tal efecto.

c) El reclamo puede hacerlo toda persona afectada, expresión que resulta poco precisa. Posteriormente, la norma reglamentaria ha aclarado en el art. 1º que el sujeto activo de esta garantía es toda persona a quien la omisión le afecte un derecho subjetivo o un interés legítimo.

d) El sujeto pasivo es un funcionario, repartición o ente público administrativo. La ley 8508, en su art. 2º, explicita que comprende a los funcionarios, reparticiones o entes públicos administrativos, sean del Estado provincial, los municipios y comunas, centralizados o descentralizados, y a cualquier otro órgano o persona de derecho público estatal o no estatal, dotado de potestad pública, en todos los casos en que actúen en ejercicio de la función administrativa, es decir, que tengan capacidad para expresar la voluntad de la administración.

e) El objetivo de esta acción consiste en lograr la inmediata ejecución de los actos que se han omitido cumplir en el plazo determinado.

f) En el proceso sumario, el juez deberá comprobar la veracidad de los hechos denunciados, la obligación legal de la administración y el derecho o interés del reclamante. Comprobado esto, deberá librar mandamiento judicial de “pronto despacho”.

Tal como está redactado en el art. 52 de la Constitución cordobesa, se ha incorporado a la legislación el *mandamus* y el amparo por mora ante la inercia de la administración. Resulta operable cuando la administración no ejecuta un acto concreto o no toma una decisión que le incumbe.

Además, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha determinado con claridad los requerimientos necesarios para que se pueda entablar la acción de amparo por mora de la administración. En autos "Paredes Medrano, Pablo Daniel v. Estado provincial s/amparo por mora s/casación", de fecha 28/7/2006, dejó sentado que "(c)omo ha sostenido esta sala a partir del precedente 'Barciocco, Juan Carlos v. (...)' (sent. 111-2001), la obligación de la administración en resolver la petición, se hace operativa en aquellos casos en que el titular poseyera un derecho subjetivo o interés legítimo, que tuviera fuente en una ley, reglamento, acto, contrato administrativo, etc. (...) la acción de amparo por mora constituye un instrumento instituido exclusivamente en protección del administrado en su relación con la administración, cuando actúa en ejercicio de la función administrativa...".

Durante ocho años la acción de amparo por mora de la administración se rigió exclusivamente por las disposiciones del texto constitucional.

Sin embargo, ciertos pronunciamientos judiciales sobre este instituto mostraron algunas discrepancias en cuanto al trámite a imprimirle a este reclamo y, consecuentemente, al régimen de las costas. Para algunos tribunales, al no estar reglamentado el dispositivo constitucional, debía aplicarse en el reclamo jurisdiccional la norma más acorde con su naturaleza, cual era la ley 4915, criterio que siguieron algunas Cámaras en lo Contencioso Administrativo y en lo Civil y Comercial¹³ (C. 8ª Civ. y Com., 28/11/1989, AI 339; C. 1ª Cont. Adm., 12/12/1990, sent. 40).

Ello trajo aparejado que se considerara entonces el amparo por mora como un proceso bilateral y contradictorio dentro del trámite sumario.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en el caso "Peralta Ramón Federico v. Provincia de Córdoba s/amparo por mora", se adscribió a la unilateralidad para el trámite procesal de este tipo de amparo, sustentando su postura en las diferencias existentes entre la acción de amparo del art. 48 con este instituto.

Recién en 1995, en la provincia de Córdoba se dictó la ley 8508, reglamentaria del amparo por mora, en la que quedó establecida la bilateralidad de este proceso sumarísimo, admitiendo la norma que la administración pudiera contestar la demanda y ofrecer prueba, además de emitir el pertinente informe (art. 7º).

El art. 2º de la ley que comentamos es de confusa redacción; podría interpretarse equivocadamente que la demanda puede entablarse personalmente en

¹³ Fallos citados por AGÜERO PIÑERO, Juan P., "Perspectiva actual del amparo por mora de la Administración", *Foro de Córdoba*, 2006, VII, 19, supl. Derecho Administrativo y Constitucional.

contra de un funcionario actuante, o de las reparticiones u órganos directamente, aunque carezcan de personalidad jurídica pública propia.

La verdad es que si quien incurre en mora es un ministro o un secretario de Estado, dicho funcionario ejerce sus tareas encarnando a la administración, de acuerdo con la "teoría del órgano" que rige en nuestro sistema jurídico. De manera tal que solamente pueden ser parte en el proceso contencioso administrativo, bajo el nombre genérico de la "administración", el Estado provincial, los municipios, las entidades descentralizadas autárquicas y las personas jurídicas que ejerzan función administrativa por autorización o delegación estatal.

Lo expresado es sin perjuicio de la responsabilidad personal que pudiera caberle al funcionario público remiso en sus obligaciones legales, el cual podrá responder civil, penal y administrativamente, en otro juicio.

La ley 8508 determina en el art. 4º que la competencia para juzgar estos tipos de amparos, les corresponde en instancia única y exclusiva a los tribunales con competencia contencioso administrativa. De tal manera que serán tramitados ante las Cámaras Contencioso Administrativas donde ellas existan, o en las Cámaras de fuero múltiple que funcionan en el territorio provincial.

El procedimiento es sumario y bilateral y la resolución del tribunal tendrá el mandamiento de cumplir el deber dentro de un término prudencial.

La resolución judicial podrá disponer que se notifique al superior jerárquico de la autoridad administrativa que hubiere incurrido en mora, a los efectos que hubiere lugar.

En caso de desobediencia al mandato de pronto despacho que contuviere la sentencia, el tribunal girará los antecedentes al órgano competente en materia penal.

La norma provincial que comentamos ha establecido también el principio de la imposición de costas al vencido, sin perjuicio de que el tribunal determine un criterio distinto de distribución, de acuerdo con las particularidades de la cuestión planteada, en cuyo caso deberá fundarlo suficientemente (art. 10, párr. 3º).

Otro de los cuestionamientos que se han formulado por la doctrina a la norma de referencia, reside en los recursos que la ley ha acordado a la sentencia dictada en el amparo por mora. El art. 11 establece que solamente podrán interponerse los recursos extraordinarios previstos por la ley 7182, es decir, los recursos de casación, de revisión y de inconstitucionalidad, según lo determinan los arts. 45, 48 y 49. Resulta poco coherente que esta acción de amparo de trámite sumarísimo pueda ser impugnada por medio de recursos prolongados, que desnaturalizan el sentido de la acción.

Para estas cuestiones se debió establecer un recurso de apelación con un trámite concentrado y breve, como lo establece el art. 15, ley 4915, modificado por la ley 5770; ello resultaría coherente con el trámite sumarísimo que el legislador estableció en el art. 13, ley 8505.

A modo de síntesis, podemos señalar que el amparo por mora tiene como objetivo otorgar mayor garantía para los administrados de la provincia de Córdoba y de las demás provincias que lo han incorporado en su legislación, que implica una exigencia que tiende a transformar la inercia de la administración. Más allá de la importancia que significa contar con instrumentos legales que permitan sancionar las omisiones de la administración de las obligaciones que le son inherentes, debemos reconocer, con Agüero Piñero ¹⁴, que decisiones como la adoptada por la mayoría de la sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en el caso "Landrien, Irma C. s/amparo por mora", en poco colaboran para lograr cambiar la actitud indolente de la administración con relación al cumplimiento de los plazos fijados por la ley, con lo que impide que se concrete la posibilidad de que resulte un remedio adecuado a la pertinaz mora de la administración con relación a las peticiones y reclamos de los administrados.

CAPÍTULO XIII

EL PODER LEGISLATIVO PROVINCIAL

por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE *

I. INTRODUCCIÓN

Para la doctrina constitucional clásica, el principio de la división del poder estatal entre organismos que colaboran entre sí y se controlan mutuamente constituye el pilar fundamental de toda la organización política.

A partir de esta concepción, el órgano legislativo goza de una jerarquía preeminente, por tratarse de un cuerpo plural representativo de la voluntad del pueblo y cuya función fundamental reside en la formulación de las leyes a las que se debe someter la colectividad toda.

Sin embargo, las transformaciones políticas acaecidas en el siglo XX influyeron directamente en la estructura del Estado; y este principio de "división de poderes" con protagonismo del órgano legislativo sucumbió ante el predominio que adquirió el Ejecutivo a costa de la disminución de la importancia de los otros dos órganos del poder. Por ello, nuestro recordado maestro César Enrique Romero señalaba acertadamente que "el Ejecutivo es hoy el poder por excelencia" ¹.

Los avatares que han sufrido en los países de Occidente los órganos parlamentarios, han justificado el diagnóstico de un sector de la doctrina, que alerta sobre la existencia de una grave crisis de los cuerpos deliberativos de gobierno. Pedro de Vega señala ²: "Por doquier el Parlamento está perdiendo la importancia, la significación y la entidad que originariamente tuvo. Tal desjerarquización proviene de la destrucción de la opinión pública liberal mediadora, sustituida por otra mediatizada, manipulada y controlada por los partidos políticos, que se traduce dentro de la actividad parlamentaria en: 1) la carencia de eficacia del mandato representativo, reemplazado por el mandato imperati-

¹ ROMERO, César E., *Derecho constitucional*, t. II, Zavallía, Buenos Aires, 1975, p. 20.

² DE VEGA, Pedro, "Supuestos históricos, bases sociales y principios políticos en el derecho constitucional Democrático", trabajo presentado en el 2º Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 1980.

¹⁴ AGÜERO PIÑERO, Juan P., "Perspectiva actual...", cit.

vo de los partidos; 2) el Parlamento ha dejado ser el órgano de la discusión y confrontación de ideas (...) para convertirse en un organismo simplemente ratificatorio de las decisiones del gobierno; 3) con referencia a la legislación en sí, el principio de la generalidad de la norma ha sido suplantado por el particularismo y la concreción de muchas de las decisiones parlamentarias; 4) ello ha aparejado la pérdida de la incidencia política y significación institucional del órgano”.

Manuel Fraga Iribarne³ también destacaba algunos síntomas de la actual crisis del Parlamento: “a) crisis de misión; b) crisis del bicameralismo; c) crisis de disciplina interna y de organización; d) crisis de la función legislativa; e) crisis de la función presupuestaria; f) crisis de las relaciones con el gobierno”.

Sin embargo, pese a lo señalado, ningún politólogo ni constitucionalista de prestigio en las democracias de Occidente ha propugnado hasta ahora su desaparición o sustitución. Ya nos advertía Ortega y Gasset, en *La rebelión de las masas*: “Se habla mal del Parlamento en todas partes, pero no se ve que en ninguna de las que cuentan, se intente su sustitución, ni siquiera existen perfiles utópicos de otras formas de Estado que, al menos idealmente parezcan preferibles. No hay pues que creer mucho en la autenticidad de este aparente desprestigio; no son las instituciones en cuanto instrumentos de la vida pública las que marchan mal en Europa, sino las tareas en qué emplearlas...”.

Pese a las críticas que se han formulado a la organización y funcionamiento de los cuerpos legislativos, éstos siguen siendo los órganos del poder del Estado en donde se debe trasuntar con mayor fidelidad la pluralidad social. Ello no obsta a que coincidamos con la mayoría de los constitucionalistas y politólogos de Occidente, quienes plantean la urgente necesidad de efectuar un replanteo de la integración y funcionamiento del órgano “deliberativo-legislativo”.

Las legislaturas son, y deberán seguir siendo, cualitativamente, los principales órganos elaboradores de leyes, pero no necesariamente los únicos. En los parlamentos se deben debatir y elaborar las normas de mayor jerarquía e importancia política, que por su naturaleza exigen confrontación de opiniones, difusión y convicción. Deben tratarse de leyes que justifican y apoyan un programa de gobierno, por ello se las denomina “leyes-programas o leyes-marco”, que indicarán al ejecutor el objetivo que se pretenda alcanzar y el camino a seguir; debiendo quedar en manos del administrador ejecutarlas mediante normas reglamentarias de segundo nivel.

Admitir la posibilidad de que el presidente de la Nación excepcionalmente pudiera dictar normas legislativas en situaciones de necesidad o urgencia, como lo han establecido algunas de las constituciones modernas, no significa consentir la distorsionada interpretación y aplicación del art. 99, inc. 3º, CN —incorporado a la reforma constitucional de 1994— que el Poder Ejecutivo y el Congreso han realizado, al admitir que el presidente dicte normas legislati-

³ FRAGA IRIBARNE, Manuel, *La reforma del Congreso de Estados Unidos*, Cultura Hispánica, Madrid, 1961, ps. 43 y ss.

vas de diversa naturaleza, sustituyendo en sus tareas al organismo encargado constitucionalmente de tal cometido, el Congreso Nacional.

A partir de 1983, el Poder Ejecutivo, utilizando como fundamento razones de urgencia o de emergencia, incrementó el dictado de normas generales en sustitución del Congreso y esa modalidad se fue incrementando de tal manera que la Convención Constituyente Reformadora procedió a conferirle legitimidad jurídica mediante la incorporación al texto constitucional original, del mencionado inc. 3º del art. 99, que en su párr. 3º admite la sanción por parte del presidente de la Nación de decretos con efectos similares a las leyes, fundados en razones de necesidad y urgencia.

No obstante, la norma impone límites a los temas que puede regular el Ejecutivo mediante este procedimiento de excepción. Por eso se estableció un mecanismo de control *a posteriori* por el Congreso, sobre la decisión tomada por el Poder Ejecutivo, con previa intervención de la Comisión Bicameral Permanente, quien debe producir su despacho y luego dar participación a ambas Cámaras del Congreso.

Desde la sanción de la Constitución reformada en 1994 hasta ahora, el Poder Ejecutivo ha incrementado considerablemente y en la mayoría de los casos innecesariamente, el dictado de decretos de “necesidad y urgencia”, que no fueron revisados por el Congreso Nacional atento a que no se cumplió en tiempo y forma con la sanción de la ley especial que prevé la última parte del art. 99, inc. 3º.

Luego de un extenso período, recientemente el Congreso Nacional sancionó la ley 26.122/2006, que tardíamente reglamenta esta potestad acordada constitucionalmente al presidente. La lectura del texto no satisface nuestras expectativas, pues no establece ningún plazo para que las Cámaras del Congreso ratifiquen o rechacen los decretos legislativos emanados del Ejecutivo; mientras éstas no se expidan, los decretos seguirán teniendo vigencia.

Tememos que la situación seguirá como hasta ahora, con el Ejecutivo dictando decretos “de necesidad y urgencia” sobre los más diversos tópicos, mientras el Congreso guarda un silencio cómplice y pierde más protagonismo en la vida de la República.

1. Las funciones de los parlamentos en los sistemas democráticos

De acuerdo con la concepción clásica del gobierno, los cuerpos parlamentarios deberían reunir ciertos requisitos dentro del Estado de derecho.

Debe actuar como *órgano representativo y deliberante*: Uno de los problemas que abruma a los estudiosos de la ciencia política consiste en encontrar alguna fórmula que permita reforzar los órganos representativos, ante el crecimiento desmesurado del Ejecutivo. Las potencialidades del Poder administrador abruma a los deliberantes, los empuja, pues las actividades de gobierno tienen en la actualidad exigencias técnicas que están por encima de las posibilidades del común de los legisladores, por lo que inexorablemente el cen-

Además, la propia sociedad de masas busca nuevos modos de representación, como el referéndum o cesarismo democrático, que hace perder densidad política a los organismos deliberantes, quienes habitualmente son cuestionados por su lentitud e ineficacia.

Este tema está íntimamente vinculado con el problema de la representación política. El Ejecutivo representa, no hay duda. El presidente de la Nación o los gobernadores que son elegidos por votación directa del pueblo, representan más que cualquier legislador. La representación que interesa en este caso, no es la de quien gobierna y administra, sino la de quienes tienen por misión supervisar y controlar a ese gobierno.

Los órganos legislativos de nuestro tiempo tienen dos rasgos comunes; son cuerpos representativos de las diversas corrientes de opinión que integran la sociedad política, y son también cuerpos deliberantes; además pueden legislar. Pero nadie duda ya de que los parlamentos hacen muchas cosas que no son legislación y no son tampoco los únicos que legislan.

En cuanto son "representativos", cumplen la misión trascendental de ser el órgano que representa la participación de los gobernados en las tareas del Estado. La mayoría dialoga con sus líderes por medio de estos organismos que la representan y que en su nombre votan los presupuestos, aprueban las leyes y las restricciones a los derechos individuales. Lo típico de los órganos deliberativos es el diálogo, la adopción de resoluciones colectivas sobre asuntos de gobierno o de administración, a pluralidad de votos y después de discusiones públicas. Mediante el debate o discusión pública se da a la vez un cauce y un dique a la opinión pública. Todo ello perfecciona al mecanismo representativo. En la actualidad, el problema estriba en encontrar la función precisa que la deliberación pueda cumplir.

Durante mucho tiempo los parlamentos se preocuparon por legislar, ahora la legislación los ha desbordado, es abrumadora, ya no resuelve nada por sí sola o va demasiado lejos, atando de manos a la administración. Se hace imprescindible replantear el problema, arrancando de la misma raíz; la naturaleza de la operación deliberante. La deliberación produce resultados de gran calidad, de profunda vigencia y de extraordinario valor representativo. Pero técnicamente, en cambio, suele ser mediocre en sus productos, precisamente porque es mayoritaria y está sujeta a transacciones y compromisos.

Los parlamentos son mejores en la crítica que en la elaboración de normas y superiores; en el control que en la intervención directa en el gobierno o en la administración; muchos más aptos para las cuestiones básicas y de principios que para los detalles y problemas técnicos a ejecutar. En definitiva, son principalmente cuerpos pasivos, pero a su vez han de ser eficaces y activos en su pasividad; dirigidos por el gobierno, su mejor modo de colaborar con éste no es la sumisión servil, sino precisamente el control y la crítica constructiva. Por eso, sostiene Friedrich⁴ que la función primordial del Parlamento es la representación: del pueblo en la defensa y la crítica del "gobierno y de su política".

⁴ FRIEDRICH, Carl, *El hombre y el gobierno. Una teoría empírica de la política*, Tecnos, Madrid, 1968.

Pero también el parlamento es un *órgano de control*: Las funciones de control del Parlamento adquieren fundamenta importancia, aunque no se trata de una actividad reservada única y exclusivamente a este tipo de organismos.

Dentro de estos cuerpos plurales es donde se insertan las estructuras del partido político y en donde cumple su rol fundamental la oposición. Mario Justo López expresaba con inquietud⁵: "Si el mismo cuerpo electoral y a través del mismo partido político, elige todos los ocupantes de los distintos órganos, la separación de poderes no pasa de ser una ficción (...) Es que otra vez se retornaría al punto de partida y otra vez cobran relieve y sentido las palabras de Montaigne: "Todo se habría perdido". Una sociedad democrática no puede ser concebida sin la existencia de partidos políticos que dentro del sistema constituyen la oposición al régimen de gobierno. Sin oposición actuando en libertad y con representatividad no habrá verdadero control; sin partidos políticos democráticos en su estructura interna que puedan ofrecer alternativas de recambio, no existe verdadera representatividad del cuerpo político en todos sus matices. Los cuerpos deliberantes son la caja de resonancia de los problemas de la comunidad toda.

A su vez, como consecuencia del proceso de retroalimentación, el Parlamento es también un *órgano conformador de la opinión pública*. De la jerarquía moral e intelectual de sus integrantes depende el grado de docencia cívica que pueda brindar. Linares Quintana ha afirmado que en la actualidad, el Legislativo, además de conformar la ley, es un órgano que conforma la opinión pública. Es a él a quien dentro del esquema constitucional le corresponde canalizar las corrientes de pensamiento que existen en el pueblo, con miras a su integración en la política general. Según el citado autor, la función política de las asambleas representativas actuales, no es tanto la sanción de las leyes como la educación popular, la propaganda y la integración y coordinación de intereses y puntos de vista contradictorios.

Es en los órganos de deliberación donde los representantes de las fuerzas políticas que los componen aparecen como instrumentos integradores, por medio de los cuales se exponen al público las políticas del gobierno y las pretensiones de los diversos grupos de interés, con miras a lograr un equilibrio adecuado. Contraposición de intereses y argumentos, sirven para que el ciudadano común vaya formando su opinión sobre la conducción del gobierno y sobre la medida en que se defienden sus intereses.

El Legislativo debe ser también por su naturaleza el *órgano contralor y fiscalizador* por excelencia del Poder Ejecutivo. La función de control resulta una de las potestades fundamentales de los parlamentos dentro de los gobiernos

⁵ LÓPEZ, Mario J., *Introducción a los estudios políticos*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 584 y ss.

democráticos. Para que exista real y efectivamente, es imprescindible contar en el cuerpo con una oposición al gobierno, cuya actividad esté garantizada legalmente y que cuente con amplias facultades de información.

Además, los órganos deliberativos deben ser una *escuela de formación de los dirigentes políticos* de la comunidad, donde quienes tienen tal vocación y capacidad se foguean en el conocimiento de la problemática de la conducción del Estado. En consecuencia, sin la existencia de este tipo de organismos, las estructuras políticas carecerían de dirigentes que tengan una visión integral de la problemática social.

En los países democráticos, el cuerpo deliberativo tiene una instituida tarea de servir de contrapeso del poder del gobierno. En cumplimiento de este cometido, debe intervenir de diversas maneras, según el régimen político, en los procesos de reforma constitucional y también como tribunal político para hacer efectiva la responsabilidad del gobierno mediante el juicio político.

Tal como se ha pretendido demostrar, este organismo tiene una amplia gama de actividades para cumplir, que resultan esenciales en el cuerpo estatal, de tal manera que aunque en la gestión de gobierno resulta el Ejecutivo quien desempeña el papel protagónico, su actividad carecerá de garantía para la ciudadanía y del sentido de participación que es propio de toda sociedad democrática, sin la existencia de un cuerpo deliberante representativo, eficaz y coordinado con el Ejecutivo y el Judicial. El desafío de la hora actual consiste en lograr dotarlo de los medios organizativos y funcionales que le permitan cumplir tal cometido.

2. Sistema unicameral o bicameral

Nuestra estructura constitucional de "Estado federal" exige que en el orden nacional el Poder Legislativo sea bicameral, pues hace a la esencia del sistema la existencia y funcionamiento de dos Cámaras: la de Diputados, integrada por representantes del pueblo de la Nación (art. 45, CN), en tanto que la Cámara de Senadores se integra por representantes de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 44, CN).

Sostenía Arturo M. Bas, que a mérito de lo dispuesto en los arts. 5° y 105, CN (hoy 5° y 122), las provincias pueden consagrar su organización libremente, adecuándola a la realización de los fines del gobierno político de cada Estado provincial⁶. En las provincias que son autónomas, no existen razones que obliguen a la instauración de una legislatura bicameral, pues los departamentos o partidos en que las provincias se dividen, son simples distritos administrativos sin autonomía política.

Para Bas, la adopción del sistema bicameral en la órbita provincial debía consagrarse por otro tipo exigencias. Consideraba que la división del Poder Legislativo en dos Cámaras impedía la precipitación en la sanción de leyes. Estimaba que las provincias que organizaron su legislatura en dos instancias lograban introducir cierto equilibrio, provocaban la doble discusión y dificultaba la apresurada sanción de leyes. Auguraba que las provincias que habían adoptado el sistema unicameral, pronto habrían de abandonarlo, "cuando el desarrollo de la riqueza y, con ella, la complicación y el interés en las funciones del gobierno, impongan mayores discusiones y criterios diferentes ampliando el campo de las deliberaciones".

Estas predicciones no resultaron confirmadas por la realidad.

Si recorremos brevemente la historia constitucional Argentina, observamos que hasta el año 1853, la línea preponderante en las provincias, fue el de la Cámara Única, salvo el Estatuto Provisorio de Santa Fe de 1819, la Constitución de la República de Tucumán de 1820, el Reglamento Provisorio de Corrientes de 1821, el proyecto de Constitución para la provincia de Buenos Aires del 19/12/1833, que nunca estuvo vigente, y el Reglamento Provisorio para el Régimen y Administración de la Provincia, de Córdoba de 1821, que si bien organizaba en principio un Congreso de Representantes, otorgaba la posibilidad de instalar posteriormente una Cámara de Senadores a crearse mediante una nueva Constitución.

En el año 1854, la provincia de Buenos Aires adoptó el sistema de legislatura bicameral y las otras provincias, poco a poco, fueron imitando su orientación, adoptando un sistema similar a aquélla, a cuya poderosa influencia sucumbieron.

En la actualidad, la tendencia unicameral vuelve a tener predominio. Las "nuevas provincias" que dictaron sus constituciones entre 1957 y 1960 consagraron el sistema unicameral; en las denominadas "provincias chicas", la única que mantuvo el sistema bicameral, fue la provincia de Catamarca, al sancionar la reforma constitucional del año 1966. El estado actual de la cuestión es el siguiente: de las veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, solamente ocho mantienen el sistema bicameral: Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, Entre Ríos, Mendoza, San Luis, Salta y Santa Fe.

Los poderes legislativos diseñados por las constituciones provinciales pueden ser bicamerales o unicamerales. Ambos sistemas tienen sus ventajas y desventajas. Los argumentos a favor y en contra de la adopción de uno u otro se encuentran extensamente desarrollados en el *Informe preliminar de la Comisión Asesora para la Reforma de la Constitución de Córdoba*⁷, anexo a esta obra.

⁶ BAS, Arturo M., *El derecho federal argentino. Nación y provincia*, t. 1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1927, ps. 245 y ss.

⁷ BECERRA FERRER, Guillermo - HARO, Ricardo - HERNÁNDEZ, Antonio M. - ZARZA MENSAQUE, Alberto R., *Informe preliminar de la Comisión Asesora para la Reforma de la Constitución de Córdoba*, Edición del Gobierno de la Provincia de Córdoba, 1998.

De acuerdo con la experiencia vivida en nuestro país, el rol cumplen las legislaturas provinciales, sujetas en su inmensa mayoría a un protagonismo exacerbado del Poder Ejecutivo, nos inclina a considerar que no resulta conveniente la adopción de una legislatura bicameral, sea por los mayores costos que esto implica para el erario público, o por las demoras que se producen cuando se someten a un doble examen los proyectos legislativos, dado que la existencia de dos Cámaras legislativas ha demostrado que no ha logrado mejoras en la producción legislativa.

3. Breve reseña de la organización de la Legislatura cordobesa, según su Constitución

Tal como nos lo recuerda Hernández⁸, la provincia de Córdoba luego de la reforma constitucional de 1870, adoptó el sistema de Legislatura bicameral, que se mantuvo hasta la reforma de 2001.

En la reforma constitucional de 1923 se diseñó una Legislatura bicameral con representación de la minoría. La Cámara de Diputados integrada, por 36 diputados, correspondiendo dos tercios al partido político que hubiera obtenido mayor cantidad de votos, y los 12 restantes a las minorías. Para la distribución de las bancas se aplicaba el sistema de lista incompleta o voto restringido.

Posteriormente, la ley reglamentaria dispuso que las bancas adjudicadas a las minorías se distribuyeran de acuerdo con el sistema de representación proporcional. La adopción de este sistema de reparto de las bancas significó en aquel momento un importante adelanto en nuestras costumbres políticas, pues aseguraba obligatoriamente la presencia de la oposición gubernamental, reservando para ella un tercio de las bancas en la Cámara de Diputados, situación no prevista en los textos constitucionales anteriores.

Con relación al Senado provincial, se diseñó un sistema de distribución de bancas sobre la base de la representación geográfica-poblacional. Todos los departamentos en que se encuentra dividida nuestra provincia, estaban representados en el Senado. De acuerdo con la población de cada uno de ellos, podían los electores votar a uno dos o tres senadores. En este último caso, uno de los tres senadores electos podía pertenecer a la minoría. Esto significaba un avance en relación con las anteriores integraciones de la "Cámara Alta", al posibilitar la participación obligatoria de la oposición en el cuerpo.

Restituido el sistema democrático en 1983, varias provincias decidieron modificar sus textos constitucionales. La reforma constitucional de la provincia de Córdoba de 1987 significó un cambio profundo con relación al texto anterior, que también se manifestó en la organización y funcionamiento del Poder Legislativo.

⁸ BECERRA FERRER, Guillermo - HARO, Ricardo - HERNÁNDEZ, Antonio M. - ZARZA MENSAQUE, Alberto R., *Informe preliminar...*

En dicha convención, la opinión de la mayoría se volcaba a favor de mantener el sistema bicameral y aumentar del número de representantes en ambas Cámaras; ambos objetivos quedaron concretados en el texto constitucional.

En la Cámara de Diputados, el número de sus miembros se incrementó sustancialmente de 36 a 66. Se dispuso la distribución de las bancas de un modo que en su oportunidad caracterizamos como "cristalizado". De las 66 bancas a distribuir, 36 correspondían al partido que hubiera obtenido mayor cantidad de votos válidos, sin importar la diferencia de guarismos con relación a los demás contendientes. Se garantizaba al partido ganador, mayoría propia en el cuerpo. Las 30 bancas restantes se distribuían entre cinco partidos políticos de la minoría —siempre que superaran el dos por ciento de los votos válidos emitidos— y se repartían de la siguiente manera: 20 bancas a la segunda fuerza, 5 a la tercera, 3 a la cuarta y 2 a la quinta; sin importar la diferencia de votos que pudieran tener cada uno de los partidos entre sí.

En el Senado provincial se mantuvo el sistema de elección a pluralidad de sufragio por los pueblos de los departamentos. Aquellos que tuvieran hasta 60.000 habitantes elegían un senador; entre 60.000 y 100.000, elegían dos senadores, que correspondían al partido más votado en el departamento. Quienes tuvieran entre 100.000 y 300.000 habitantes elegían seis, tres que correspondían al partido más votado, dos a quien le seguía en número de votos, y uno al que resultare tercero. Los departamentos con más de 300.000 habitantes (solamente Córdoba Capital) elegían ocho senadores, de los que correspondían cuatro a la mayoría, tres al partido que le seguía en orden, y uno al que resultare tercero en la elección (art. 83, Constitución de la provincia de Córdoba de 1987).

La modalidad de la distribución de las bancas en ambas Cámaras fue duramente cuestionada por las fuerzas opositoras, que argumentaban, con razón, que servía para la consolidación de mayoría propia del partido gobernante en ambas Cámaras, impidiendo un adecuado control sobre la gestión del Poder Ejecutivo por la oposición. Tales fundamentos fueron rebatidos por los integrantes de la fuerza política gobernante, que sostenían que al conferirle al Ejecutivo mayoría propia de legisladores, se aseguraba la gobernabilidad del sistema, permitiéndole al Poder Ejecutivo concretar su plan de gobierno.

Sin perjuicio de la controversia señalada, con posterioridad surgieron otros problemas colaterales que llevaron al entonces gobernador de la provincia de Córdoba, Dr. Ramón Bautista Mestre, a designar en el año 1997 una Comisión Asesora *Ad Honorem*, para la reforma de la Constitución de Córdoba, integrada por los entonces profesores titulares de la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba, Dres. Guillermo Becerra Ferrer y Ricardo Haro, y por los que en aquel momento eran profesores titulares de Derecho Público Provincial y Municipal, Dres. Antonio María Hernández (h) y Alberto R. Zarza Mensaque, ejerciendo la coordinación de la Comisión, el entonces fiscal de Estado, Dr. Alberto Marcos Zapiola.

Uno de los problemas sometidos a la consideración de esta Comisión consistía en aconsejar la adopción de un mecanismo para reducir el alto número de integrantes que había alcanzado el Senado provincial. Recordemos que la norma constitucional vigente había incrementado el número de diputados de 33 a 66 y no establecía un número tope ni fijo de senadores departamentales, cuya cantidad podía incrementarse de acuerdo con el aumento del número de habitantes de los departamentos. Así, en el año 1997, ambas Cámaras tenían un número total de 133 miembros, 66 diputados y 67 senadores, con posibilidades de acrecentar el número de senadores.

En el *Informe* que elaborara la Comisión Asesora se puntualizó que de acuerdo con los antecedentes consultados: a) Tres departamentos provinciales se encontraban en ese momento en condiciones de incrementar el número de sus senadores. b) Solamente la provincia de Buenos Aires, con una población de 12.594.974 habitantes, tenía mayor cantidad de legisladores que la provincia de Córdoba; aquella provincia contaba con un total de 139. c) Ninguna de las provincias argentinas que adoptaron el sistema bicameral tenía tantos senadores provinciales como Córdoba. d) Solamente la provincia de Buenos Aires registraba más diputados que Córdoba. e) Con relación a distritos con similar cantidad de habitantes (v.gr., Santa Fe, Ciudad Autónoma de Buenos Aires), nuestra provincia tenía mayor cantidad de legisladores.

Tal asimetría quedaba también de manifiesto si la comparación se efectuaba con relación a la legislatura de otros países. El *Informe*⁹ resaltaba esta situación anómala de asimetría en la relación habitantes-senadores en los distintos departamentos y su notoria influencia en la composición de dicho cuerpo.

El documento recordó los argumentos más conocidos en pro y en contra del mantenimiento de un sistema bicameral. En sus conclusiones, los autores expresaron que creían necesaria la reforma del Poder Legislativo, especialmente para corregir la superabundancia de legisladores de ambas Cámaras. Agregaban que “si se decidiera adoptar una Legislatura Unicameral —por la cual en principio y mayoritariamente nos inclinamos— ésta debería integrarse con una representación mixta poblacional y departamental”; “...propiciamos la adopción del sistema de representación proporcional para el reparto de las bancas en la Cámara de Diputados”; “Independientemente de la decisión que se adopte en el tema expuesto, aconsejamos que la eventual reforma constitucional, considere la posibilidad de precisar y limitar los privilegios del desafuero otorgado a los legisladores”.

En el año 2001, con varios planteamientos judiciales de por medio, se produjo la declaración de la necesidad de la reforma parcial de la Constitución provincial, mediante la sanción de la ley 8947, avalada por una consulta popular. Se proponía el reemplazo del Poder Legislativo bicameral por una sola Cámara

integrada por setenta miembros, “sobre la base a un sistema electoral mixto que asegure la representación de los distintos departamentos”.

También sugería unificar la duración del mandato del Poder Ejecutivo con el nuevo cuerpo legislativo electo a partir de la jura de la Constitución reformada, y disponer la caducidad de los mandatos de los legisladores en ejercicio al día 10/12/2001.

Según el art. 6º, la Convención debía cumplir su tarea en un plazo no mayor de siete días a partir de su constitución en asamblea. Los convencionales ejercerían sus funciones en carácter *ad honorem*. Las demás cláusulas eran formales.

La Convención Constituyente Reformadora sesionó del 8 al 15/9/2001, plazo por demás exiguo para realizar con la debida ponderación una confrontación y análisis de las distintas propuestas.

En su seno se presentaron diez proyectos de enmienda de la Constitución; algunos provenientes de iniciativas individuales, y otros de los distintos bloques políticos¹⁰. Solamente el Partido Intransigente propició el mantenimiento del sistema bicameral, con una propuesta que excedía el marco de la convocatoria.

El proyecto mayoritario, propiciado por el Partido Justicialista, que aconsejaba la adopción de un órgano legislativo unicameral, resultó aprobado y forma parte del texto constitucional vigente (arts. 77 a 123).

De esta manera, la provincia de Córdoba retornó a la unicameralidad, que había abandonado en 1870.

Corresponde entrar al análisis de la actual organización y funcionamiento de la Legislatura de Córdoba, y efectuar comparaciones con algunas de las provincias hermanas.

II. LA CÁMARA DE DIPUTADOS

1. Forma de elección, base de su organización

En las provincias en donde rige el sistema unicameral, el órgano legislativo recibe distintas denominaciones: Cámara de Diputados; Formosa, Misiones y San Juan la denominan Cámara de Representantes; en Córdoba se llama Legislatura (art. 77).

Los diputados provinciales son elegidos en votación directa por los electores y su cantidad varía según las distintas constituciones.

Hay provincias que han establecido un número fijo de legisladores (v.gr., Córdoba, Chubut, Entre Ríos San Juan, Santa Cruz, Santa Fe). Otras, si bien han determinado un número fijo, admiten la posibilidad de ampliarlo mediante una ley (v.gr., Chaco). Algunas provincias con legislaturas bicamerales también adoptan esta modalidad, como el caso de Buenos Aires y Corrientes.

⁹ BECERRA FERRER, Guillermo - HARO, Ricardo - HERNÁNDEZ, Antonio M. - ZARZA MENSAQUE, Alberto R., *Informe preliminar...*, q

¹⁰ *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de Córdoba*, Edición de la Secretaría Técnica Parlamentaria de la Cámara de Diputados, 2001, ps. 93 a 156.

Un grupo de constituciones determina que el número de legisladores será proporcional a sus habitantes, fijando un mínimo y un máximo de integrantes; v.gr., La Pampa.

Entre los sistemas bicamerales, Catamarca, Mendoza y San Luis también establecen el número de diputados proporcional a la población, pero con un máximo determinado.

Santiago del Estero (art. 50) no especifica la cantidad de miembros, pero preceptúa que se integrará en forma proporcional a la población. Salta tiene un dispositivo similar, pero establece que el número de diputados no puede exceder de 60.

2. Integración de la Legislatura de la provincia de Córdoba

La Constitución de la provincia de Córdoba determina en los arts. 77 y 78 la composición e integración de la Legislatura unicameral, compuesta por setenta miembros. De ese total: a) veintiséis (26) legisladores serán elegidos directamente por el pueblo a pluralidad de sufragios, a razón de uno por cada uno de los departamentos en que se divide la provincia, considerando a éstos como distrito único. Para esta elección se aplica el sistema de boleta uninominal, con un suplente por lista.

Dadas las características de la distribución poblacional que existe en la provincia de Córdoba, en donde la mitad de sus integrantes reside en la ciudad Capital, surge una notoria desigualdad de representantes con los demás departamentos de la provincia, pues algunos de ellos apenas superan escasamente una población de 4.000 habitantes. La distribución de estos 26 legisladores departamentales en uno por distrito, significa un gran sacrificio de representatividad de los distritos de mayor población, a favor de aquellos de menor número de habitantes que no necesariamente se compensa en función del origen territorial de los otros 44 legisladores.

b) "Por cuarenta y cuatro legisladores elegidos directa y proporcionalmente por el pueblo, tomando a toda la provincia como distrito único" (art. 78). Estas bancas, se distribuyen de acuerdo con el sistema de representación proporcional sin piso y para ellas se establece el voto de preferencia, conforme a la ley que reglamente su ejercicio.

3. Suplentes. Incorporación

Nuestra historia parlamentaria exhibe múltiples ejemplos de los problemas que se suscitan en los casos en que por renuncia, muerte incapacidad o exclusión del cargo, queda vacante un cargo de legislador. Desde antaño se discutía si dadas esas circunstancias, era necesario o conveniente proceder de inmediato al llamado a elección para cubrir esa vacante o mantener la situación hasta tanto se provea a la cobertura de los cargos mediante una elección gene-

ral. Cualquiera de las dos soluciones hubiera significado generar ingentes gastos y crear un clima preelectoral que altera la vida del cuerpo y de la sociedad toda.

Afortunadamente, las leyes electorales encararon el tratamiento del tema brindando como solución que al convocarse a elecciones para la integración de los cuerpos legislativos, en el mismo acto se eligieran legisladores suplentes para reemplazar a los titulares en caso de vacancia. Más tarde fueron las propias constituciones las que incorporaron esta modalidad de reemplazos.

El texto constitucional de Córdoba, en su art. 80, prevé la elección de legisladores suplentes en forma simultánea a los titulares. Dispone que si se produjera una vacante en los legisladores elegidos por los departamentos, ésta se cubrirá con su suplente.

En el caso de los legisladores electos conforme al art. 78, inc. 2° (designados según el sistema de representación proporcional), producida una vacante, se cubre de la siguiente forma: "1. Por los candidatos titulares del mismo género que no hayan resultado electos, en el orden establecido en la lista partidaria en primer término, y luego por los candidatos suplentes del mismo género, en el orden establecido en la lista partidaria.

"2. Finalizados los reemplazos por los candidatos del mismo género, se continúa la sucesión por el de titulares y suplentes del otro género".

Como se puede advertir, la norma pretende garantizar la integración de la legislatura de acuerdo con la voluntad popular expresada en las urnas y, a la vez, mantener la distribución de las bancas de acuerdo con el sexo de sus integrantes. Si ello resultara imposible, se aceptará la incorporación de un legislador del mismo partido y de otro género. Si ambas listas de reemplazo se agotaran, deberá convocarse una nueva elección.

4. Suplencia temporaria

El art. 81 ha previsto la posibilidad de cubrir las ausencias de los legisladores, en caso de impedimento personal o licencia de más de treinta días, por reemplazantes designados de acuerdo con lo estipulado en el artículo anterior y durante el período que dure la ausencia del titular, preservando la integridad de la representación legislativa.

5. Requisitos de elegibilidad

Todas las constituciones provinciales establecen ciertas condiciones que deben reunir los candidatos a integrar el cuerpo legislativo; la primera es la edad mínima para integrar el cuerpo: Chubut (art. 125), La Rioja (art. 86) y Mendoza (art. 72) exigen mayoría de edad.

Formosa (art. 102), Jujuy (art. 105), Salta (art. 96), San Luis (art. 104), San Juan (art. 135), Santa Cruz (art. 86), 21 años. Mientras que Buenos Aires (art. 71), Corrientes (art. 51), Santa Fe (art. 33), requieren la edad de 22 años.

Las provincias de Chaco (art. 98), Misiones (art. 83), Neuquén (art. 72), La Pampa (art. 54), Catamarca (art. 75), Entre Ríos (art. 57), Río Negro (art. 124), Santiago del Estero (art. 117), Tierra del Fuego (art. 91) y Tucumán (art. 41) requieren 25 años.

La provincia de Córdoba, siguiendo una desafortunada tendencia a la demagogia de nuestra dirigencia política, exige para ser legislador haber cumplido la edad de dieciocho años al momento de su incorporación. Esto significa que quienes para el Código Civil resultan relativamente incapaces y sujetos a la autorización de sus padres para el ejercicio de actos jurídicos de trascendencia, puede ser, por obra y gracia de la voluntad del constituyente reformador, representantes del pueblo, legislar y ejercer el control de los organismos gubernamentales y judiciales en nombre de toda la ciudadanía.

Sentamos nuestra discrepancia con esta poco atinada decisión, plasmada en el art. 82, inc. 1º, clara expresión de irresponsabilidad política y social.

El segundo requisito a cumplimentar es el de tener cinco años como mínimo de ciudadanía en ejercicio, para los naturalizados. Este texto ha sido tomado de la Constitución de 1987, que también admitía la posibilidad que los argentinos naturalizados pudieran ser electos como legisladores. En general, todas las constituciones provinciales han seguido los parámetros sentados por la Ley Suprema, con cláusulas generosas que permiten el acceso a la función representativa, tanto a los naturales del país como a los extranjeros que hubieran obtenido la ciudadanía, sin exigir mayores diferenciaciones entre los ciudadanos nativos y los naturalizados.

Distintos son los requerimientos para la designación de gobernador o vicegobernador (art. 130, Constitución de Córdoba), a quienes se les exige expresamente ser ciudadanos nativos o por opción.

Además de ciudadanía, las constituciones provinciales exigen un plazo de residencia previa en la jurisdicción en donde se pretende ser legislador. Los requerimientos varían en las distintas constituciones provinciales. En Córdoba se requiere tener residencia inmediata y continua en la provincia durante dos años anteriores a su elección, agregando el texto: "...A tales efectos no causa interrupción la ausencia motivada en el ejercicio de funciones políticas o técnicas al servicio del gobierno federal o de la provincia" (art. 82-3), disposición que consideramos plausible, puesto que en caso de no existir, los coprovincianos o antiguos residentes en la provincia que hubieran ejercido funciones de legisladores nacionales, ministros o secretarios del gabinete nacional, o que cumplieron actividades al servicio del país o de la provincia, fuera del territorio argentino, estarían imposibilitados de ser candidatos a legisladores, luego de cesar en las anteriores actividades. La exigencia de la ciudadanía y de residencia con diversos matices o plazos existe en todas las provincias de nuestro país.

En el caso de los legisladores de los departamentos, el mismo artículo requiere que sean oriundos o que tengan una residencia no menor de tres años en los mismos.

6. Duración de los mandatos

Todas las constituciones provinciales han establecido como plazo del mandato legislativo el de cuatro años y admiten expresa o implícitamente la reelección de sus miembros (art. 83, Constitución de Córdoba). La diferencia estriba en que algunas disponen que, vencido el período de mandato, se produce la renovación total de las Cámaras; tal como lo disponen Córdoba, Entre Ríos, Santa Fe, Santiago del Estero, San Juan, Chubut, Neuquén, Río Negro y La Pampa.

Con la intención de evitar el desgaste que significa la frecuente puja electoral, otras provincias han adoptado el sistema de renovación de la Cámara por mitades, cada dos años.

7. Presidencia de la Legislatura

El art. 84 de la Constitución de la provincia de Córdoba establece que el vicegobernador de la provincia es el presidente de la Legislatura, que no tiene voto en el cuerpo, sino en caso de empate.

En los sistemas bicamerales, los vicegobernadores ejercen la presidencia del Senado.

Es menester tener en cuenta que en la provincia de Córdoba el vicegobernador no integra el Ejecutivo, sino que es el reemplazante jurídico del gobernador; en el ámbito de la Legislatura, es el nexo de la relación formal del Poder Legislativo con el Ejecutivo.

El art. 85 de la Constitución de Córdoba ha dispuesto que la Legislatura debe nombrar de su seno al presidente provisorio, que la preside en caso de ausencia del vicegobernador, o cuando éste ejerce funciones inherentes al Poder Ejecutivo. La norma determina expresamente que el presidente provisorio tiene voz y voto y, en caso de empate, doble voto.

Además de las autoridades mencionadas precedentemente, el Reglamento Interno de la Legislatura Provincial (art. 6º) señala como autoridades al vicepresidente, vicepresidente 1º y vicepresidente 2º, quienes duran en sus funciones un período legislativo. Todas estas autoridades deben ser designadas por los legisladores.

8. Inhabilidades

El art. 86 del texto constitucional de Córdoba se refiere a las inhabilidades para ser legislador. Las inhabilidades son impedimentos de tal magnitud que impiden al ciudadano la posibilidad de ser tan siquiera candidato para disputar una banca. El artículo dispone: "Están inhabilitados para ejercer el cargo de legislador: 1) Los condenados por delitos que no haya cumplido sus penas. 2) Los que no reúnan las condiciones para ser electores. 3) Los que estén inhabilitados para ejercer cargos públicos". El texto de la anterior Constitución determinaba

expresamente que los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad se encontraban inhabilitados para ser legisladores. El constituyente del 2001 ha suprimido esta inhabilidad, convirtiéndola en una incompatibilidad.

9. Incompatibilidades

El art. 87 establece las causales por las que un legislador puede no ser incorporado al cuerpo, en tanto no supere la situación de pugna con la representación popular que desea investir, atento a los perjuicios que pudiera generar el tipo de actividad que desempeña o ha venido desempeñando.

La mayoría de las constituciones han establecido una serie de incompatibilidades entre la función legislativa y alguna otra actividad pública o de índole privada. Ello reconoce fundamentos éticos, materiales y jurídicos.

Lo que se pretende es evitar que el legislador, en el ejercicio de su mandato representativo, ponga en colisión sus intereses particulares con los de la sociedad provincial en su conjunto y que disponga del tiempo suficiente para dedicarle a tan peraltada gestión.

El mencionado art. 87 de nuestra Constitución determina que: "Es incompatible el cargo de legislador con:

"El ejercicio de función o empleo a sueldo en el gobierno federal, las provincias o los municipios, con excepción de la docencia en cargo de dedicación simple y las comisiones honorarias eventuales para cuyo desempeño se requiere autorización previa de la Legislatura.

"Todo otro cargo de carácter electivo, nacional, provincial o municipal, excepto los de convencional constituyente o convencional municipal.

"El ejercicio de funciones directivas o de representación de empresas adjudicatarias de concesiones, licencias o permisos por parte del Estado.

"El ejercicio de funciones en las Fuerzas Armadas o de Seguridad".

Este inciso ha sido expresamente incorporado en el texto de la reforma constitucional de 2001, transformando la anterior inhabilidad en incompatibilidad.

"...Los agentes de la administración provincial o municipal que resulten electos legisladores titulares, quedan automáticamente con licencia sin goce de sueldo por el tiempo que dure su función"; cláusula que ya existía en el texto de 1987.

En la práctica, este sistema se ha desnaturalizado por una modalidad interpretativa que no compartimos. Se suele dar el caso de legisladores que pasan a integrar el gabinete del Poder Ejecutivo provincial o a ejercer funciones en el orden nacional. En tal situación, se apartan de su actividad legislativa mediante un pedido de licencia sin término que le suele conceder la Cámara a la que pertenece. Mientras dura la licencia, mantiene la reserva del cargo de legislador hasta el vencimiento del período para el que fuera electo o decida reintegrarse a la actividad legislativa. Durante todo ese lapso es reemplazado provisoriamente por su suplente.

Disposiciones similares a la comentada contienen las provincias de Buenos Aires, Chaco, Chubut, Corrientes, Entre Ríos, Mendoza, Salta, Formosa, Jujuy, La Pampa, Misiones, Neuquén, Río Negro, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Santa Fe.

El texto sancionado en la última reforma constitucional cordobesa con relación a las incompatibilidades e inhabilidades sigue los lineamientos generales de la doctrina más avanzada en la materia. Sin embargo, consideramos un error no haber incluido como causal de incompatibilidad el ejercicio de funciones directivas o de representación de asociaciones gremiales o sectoriales.

Hemos venido sosteniendo esa posición, atento al riesgo que significa no poner coto a un proceso de corporativización que se va dando en la política Argentina, que mina el espíritu de unidad general y el interés del todo social.

A menudo se desnaturaliza la función del legislador como armonizador, sintetizador e intérprete de los diversos intereses sectoriales, cuando el representante actúa tendiendo a favorecer los deseos y necesidades de un sector parcial de la sociedad. Contemplamos a veces legisladores que dejan de lado la representación general, para convertirse en voceros e intérpretes de los intereses sectoriales a los que pertenece, aprovechando la función con ese objetivo primordial.

Creemos que resulta conveniente establecer la incompatibilidad de la función legislativa con cualquier otra actividad lucrativa, mientras dure el mandato del legislador, para posibilitar la dedicación exclusiva a tan delicadas funciones.

10. Prohibiciones

Las limitaciones y restricciones para los legisladores se complementan con las disposiciones del art. 88, que establece que ningún legislador puede patrocinar causas en contra de la Nación, de la provincia o de los municipios, salvo en caso de actuar por derecho propio. Los fundamentos éticos son los mismos que han servido como criterio orientador para las disposiciones analizadas precedentemente.

11. Inmunidad de opinión

En el constitucionalismo tradicional se establecían una serie de prerrogativas para los legisladores con el objetivo de que éstos pudieran desempeñar adecuadamente sus funciones, asegurando la independencia y jerarquía del cuerpo, y no solamente el interés particular del legislador¹¹. Se diferenciaban entre privilegios individuales y colectivos.

La doctrina constitucional más moderna tiende a restringir las prerrogativas individuales. En nuestra provincia, según el texto de 1987, los privilegios individuales de los legisladores comprendían la inmunidad de opinión, la in-

¹¹ Enías, Pedro J. y otros. *Derecho público provincial*, Depalma. Buenos Aires, 1987, p. 219.

munidad de arresto e inmunidad de proceso (arts. 93, 94 y 95, Constitución de Córdoba de 1987).

En la Constitución de Córdoba de 2001, la única prerrogativa individual que se mantuvo es la inmunidad de opinión. El art. 89 dice así: "Ningún miembro del Poder Legislativo puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las expresiones en los medios de comunicación o en cualquier otro ámbito, que en el desempeño de su mandato como legislador, emita en el recinto o fuera de él.

"Fenecido su mandato ningún legislador puede ser acusado o interrogado judicialmente ni molestado por las opiniones que hubiera expresado en el ejercicio de sus funciones.

"El tribunal ante el cual se formule la acción judicial contra un legislador relacionada con lo antes mencionado deberá declararla inadmisibile, aunque se presente con posterioridad a la finalización de su mandato".

El artículo ha mejorado en técnica de redacción y en la amplitud de la inmunidad de opinión. Protege las expresiones formuladas dentro del recinto legislativo o fuera de él, aun fenecido el mandato del legislador; prohíbe toda intervención judicial por este tipo de cuestiones luego del cese de la representación legislativa y es permanente.

Con relación a las eventuales sanciones de arresto y de proceso, los legisladores de la provincia de Córdoba quedan en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos y regidos por los códigos de fondo y procesales en la materia.

12. Prerrogativas de los candidatos

El actual art. 90 es transcripción textual del art. 96 de la Constitución anterior; dice: "Los candidatos una vez oficializadas las lista respectivas y hasta ser proclamados electos, tienen las siguientes prerrogativas: 1) a no ser molestados por las autoridades ni detenidos por opiniones vertidas con motivo de la campaña electoral; 2) a solicitar y recibir información por parte del Poder Ejecutivo".

Con anterioridad, el texto mereció este comentario de nuestra parte: "Se han ampliado las garantías tradicionales, extendiéndose también a los candidatos oficializados de los partidos políticos mientras dure la campaña electoral, lo que significa otorgarles inmunidad de opinión, para que con libertad puedan expresarse y denunciar eventuales irregularidades o formular críticas que crean necesarias poner en conocimiento de la población. También pueden solicitar y recibir informaciones por parte del Ejecutivo y contar con los necesarios elementos de juicio para formalizar su programa y oferta al electorado".

13. Remuneraciones

Con relación a la remuneración de los legisladores, también se ha producido una modificación con el texto que entró en vigencia el 1 de mayo de 2001.

—art. 91— expresa: "Los legisladores gozan de la dieta que establece la ley; la misma se hace efectiva de acuerdo con sus asistencias a las sesiones y a las comisiones de la Legislatura.

"En ningún caso corresponden viáticos, gastos de representación por dedicación exclusiva o similares".

La primera parte del artículo es igual al art. 97 de la Constitución anterior, que también determinaba que el pago de emolumentos de los legisladores estaba relacionado con su asistencia a la Legislatura.

La nueva redacción amplía y detalla que la asistencia debe comprender tanto las sesiones de plenarias como las de la comisión que el legislador integre, que suelen tener tanta o más importancia que la presencia en los plenarios de la Cámara. Los incumplimientos de estas obligaciones, son sancionadas con el descuento de las dietas. La cuestión reviste tal importancia que ha sido reglamentada en el cap. II (arts. 11 a 14) del Reglamento Interno de la Legislatura Provincial.

Para lograr mayor eficacia, este régimen debería prever la posibilidad de castigar la inasistencia reiterada con la separación del cargo. Lamentablemente, las correcciones se han limitado al descuento, que aparece como insuficiente para revertir el descrédito de la opinión pública sobre la institución y resiente la actividad específica del órgano legislativo.

14. Juez de las elecciones (art. 92)

Este artículo ratifica un principio caro para los defensores de la independencia del Poder Legislativo; el texto ordena: "La legislatura es juez exclusivo de la validez de la elección, de los derechos y títulos de sus miembros.

"Cuando proceda como juez o como cuerpo elector no puede reconsiderar sus resoluciones".

Las disposiciones de la norma dejan claramente expuesta la idea subyacente: la Cámara es el único juez competente para pronunciarse sobre la validez de los derechos y títulos de sus integrantes y de las elecciones. El principio está consignado en la Constitución Nacional y en las constituciones de la mayoría de las provincias.

Recientemente ha aparecido una obra interesante sobre este tipo de prerrogativas parlamentarias, del distinguido constitucionalista correntino Dr. Mario Midón¹². En dicho libro trata con amplitud la doctrina de su origen y desarrollo con gran acopio de jurisprudencia vinculada sobre los antiguamente denominados "privilegios parlamentarios".

A pesar de la imperatividad del art. 92, Constitución de Córdoba, creemos que no impide el ejercicio de una eventual acción autónoma de inconstitucionalidad, si la decisión de la Legislatura lesiona derechos de raigambre constitucional del afectado.

15. Juramento

Tanto en la Constitución de Córdoba (art. 93) como en los textos similares de las demás provincias y de la Ciudad de Buenos Aires se establece que el legislador en el acto de su incorporación debe prestar juramento de desempeñar debidamente el cargo y respetar las prescripciones de la Constitución provincial y la de la Nación Argentina.

Las distintas fórmulas del juramento, de acuerdo con las creencias del incorporado, se encuentran consignadas en los reglamentos de las respectivas legislaturas.

16. El Senado en las provincias bicamerales.

Bases de su organización

Entre las provincias que aún mantienen la institución senatorial, existen criterios diversos para fijar la base de la representación. Las preferencias se distribuyen entre aquellas que han tomado como base para la elección de senadores un número fijo eventualmente ampliable, por ejemplo Buenos Aires (art. 75), que establece un número de 42 senadores, ampliable hasta 50; Corrientes (art. 91), 13 senadores, pudiendo ampliarse la cantidad hasta 20; Mendoza, por su parte, determina una representación sobre la base de la población de cada sección electoral (art. 75), fija como límite no exceder un total de 40.

Otras han dispuesto la elección de un senador por departamento: Catamarca (art. 80), Entre Ríos (art. 60), Salta (art. 100), San Luis (art. 109) y Santa Fe (art. 36).

17. Requisitos de elegibilidad de los senadores en los sistemas bicamerales

Las ocho provincias que mantienen este sistema han establecido como requisito para ser senador una edad superior que la que se requiere para ser diputado, en general 30 años (Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, Entre Ríos, Santa Fe, Salta y Mendoza), mientras que San Luis requiere un mínimo de 25 años. Algunas requieren que los senadores sean nativos de la provincia, todas exigen un plazo de residencia en ella o en los departamentos a los que representan, y gozar de ciudadanía natural o legal.

Salvo la provincia de Corrientes, que establece el mandato en 6 años, las demás disponen una duración de 4 años, con diferencias en cuanto a la renovación parcial.

Las provincias de Buenos Aires, Catamarca, Mendoza, Salta y Tucumán admiten la renovación por mitades cada 2 años; Corrientes, por terceras partes cada 2 años; Entre Ríos y Santa Fe no admiten renovaciones parciales.

En cuanto al rol que el Senado desempeña en las legislaturas bicamerales, con algunos matices es similar al que desempeña el Congreso Nacional, aunque obviamente los senados provinciales no representan ningún tipo de autonomía, sino que integran una Cámara Revisora con actividades exclusivas propias, como la de ser tribunal juzgador en el juicio político y prestar el acuerdo para ciertos funcionarios y magistrados.

dentro del Congreso Nacional, aunque obviamente los senados provinciales no representan ningún tipo de autonomía, sino que integran una Cámara Revisora con actividades exclusivas propias, como la de ser tribunal juzgador en el juicio político y prestar el acuerdo para ciertos funcionarios y magistrados.

18. Derechos parlamentarios

Habiendo consagrado la reforma de 2001 de la provincia de Córdoba la legislatura unicameral, corresponde examinar los artículos referidos a lo que la doctrina denomina "derechos parlamentarios".

Siguiendo al maestro Bidart Campos, entendemos por tales a la parte del derecho constitucional, referida a la Constitución, funcionamiento y privilegios legislativos¹³. En el derecho público provincial, nos estamos refiriendo al conjunto de normas que regulan el funcionamiento de las legislaturas provinciales —unicamerales o bicamerales— y comprende todo lo relativo al quórum, sesiones, facultades disciplinarias y de investigación, etc.

19. Quórum

Con este nombre nos referimos al número de legisladores requeridos para que la Cámara pueda constituirse, funcionar y tomar decisiones. Siguiendo un principio tradicional, el art. 94 dispone: "La Legislatura entra en sesión con más de la mitad de sus miembros, pero un número menor puede compeler a los ausentes para que concurran a las sesiones en los términos y bajo las sanciones que el cuerpo establezca".

Para funcionamiento ordinario, la Cámara necesita contar con mayoría absoluta de sus miembros, lo que significa la mitad más uno de quienes la integran¹⁴.

20. Publicidad

El art. 95 de la Constitución de Córdoba determina imperativamente que, salvo situaciones excepcionales, las sesiones de la Cámara son públicas, y a las que pueden concurrir todos los que lo deseen, "...a menos que un grave interés declarado por la Legislatura exija lo contrario".

Siguiendo el criterio tradicional, la reforma constitucional de 2001 ha mantenido tres tipos de sesiones: las ordinarias, las de prórroga y las extraordinarias.

¹³ BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional del poder*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1968, ps. 245 y ss.

¹⁴ BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional...*, cit., t. I, p. 245.

102

21. Sesiones ordinarias

Los textos constitucionales de fines del siglo XIX y principios del XX, solían establecer un período ordinario de sesiones que abarcaba solamente cuatro meses. La reforma de 1987 en la provincia de Córdoba lo amplió a nueve meses, que comprendía desde el 1° de marzo al 30 de noviembre.

La reforma del 2001 expresó en su art. 96: "La Legislatura se reúne por propia convocatoria en sesiones ordinarias todos los años, desde el 1° de febrero hasta el 30 de diciembre. Las sesiones ordinarias pueden ser prorrogadas por el Poder Ejecutivo o por disposición de la misma Legislatura. Durante el receso quedan suspendidos los plazos que a ella le fija la presente sección".

El texto deja en claro que la potestad de sesionar es propia y exclusiva del cuerpo; en consecuencia, no necesita de la convocatoria ni de la presencia en el momento de iniciar las sesiones del titular del Ejecutivo o de cualquier otra autoridad. Así se encuentra regulado expresamente en el art. 98 de la Constitución de Córdoba.

A partir de la reforma de 2001, el receso de la Cámara no dura más que los 31 días correspondientes al mes de enero.

Esto quizá podría llevarnos a la equívoca conclusión de que como consecuencia del funcionamiento casi permanente de la Cámara, el rol del Poder Legislativo se ha robustecido frente al Ejecutivo, que se legisla más y mejor y que los mecanismos de control con relación a los demás poderes del Estado resultan más eficaces. Estas conclusiones serían erróneas: el predominio del Ejecutivo tanto en el orden nacional como provincial y la mal entendida lealtad partidaria y carencia de calidades relevantes de muchos de sus integrantes convierten a las legislaturas en simples cajas registradoras de las decisiones tomadas en el gobierno.

Según lo demuestran las estadísticas, la mayoría de los proyectos de ley sancionados en el orden nacional y provincial y, sin lugar a dudas, los de mayor trascendencia, provienen de la iniciativa del Poder Ejecutivo, mientras que los restantes, si han sido aprobados, es porque el Ejecutivo lo ha consentido sin ejercer su potestad de veto.

El artículo que glosamos determina también que "(l)as sesiones ordinarias pueden ser prorrogadas por el Poder Ejecutivo o por disposición de la misma Legislatura. Durante el receso quedan suspendidos los plazos que a ellas les fija la presente sección".

En las sesiones de prórroga, la Cámara continúa tratando los temas pendientes de trámite que tiene previstos en su agenda de labor parlamentaria. Mientras que las sesiones extraordinarias, como su nombre lo indica, son convocadas a pedido del Poder Ejecutivo o por el presidente de la Cámara a solicitud escrita de una cuarta parte de sus miembros. Si se produce este tipo de convocatoria, el cuerpo solamente puede ocuparse del objeto u objetos para los que haya sido convocada.

En este tipo de sesiones la competencia de la Cámara se encuentra limitada al tratamiento de los temas que fueron motivo de la convocatoria (art. 97).

Es menester aclarar que tanto en las sesiones de prórroga como en las extraordinarias, la Cámara no declina sus potestades disciplinarias, como tampoco las de información o de investigación que le son propias.

22. Apertura y cierre de las sesiones

El art. 98 de la Constitución de Córdoba hace referencia al modo en que se realizarán la apertura y cierre de las sesiones. La Legislatura presidida por el vicegovernador, abre sus sesiones por sí misma. En la sesión de apertura se invita al gobernador para que concurra a dar cuenta del estado de la administración.

En el caso del cierre de las sesiones, el Ejecutivo concurre para dar mayor solemnidad al acto. La presencia del gobernador no es indispensable para el comienzo de la actividad legislativa, aunque es una modalidad propia de las democracias republicanas, que resulta conveniente mantener.

23. Facultades disciplinarias (art. 99)

El texto constitucional de 1923, en dos artículos, determinaba las potestades disciplinarias de las dos Cámaras existentes en esa época. La reforma de 1987 modificó lo anteriormente regulado con mejor técnica legislativa.

Al adoptarse en la última reforma constitucional el sistema unicameral, se volvió a regular esta potestad de la Legislatura, que quedó consignado de la siguiente manera: "Art. 99. - La legislatura dicta su reglamento y puede, con el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, corregir, excluir de su seno a cualquiera de ellos por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones o por indignidad y removerlo por indignidad física o psíquica sobreviniente a su incorporación. Para decidir sobre la renuncia que voluntariamente hicieren de sus cargos basta el voto de la mayoría de los miembros presentes. En todos los casos debe asegurarse el derecho de defensa y el debido proceso".

La norma se explica por sí misma; no obstante, resaltamos que es la propia Cámara la que dicta su reglamento funcional y, por ende, puede modificarlo las veces que estime menester.

Para ejercer sus potestades disciplinarias, la Cámara debe tener presente en la sesión dos tercios de los miembros que la integran. Se establecen como sanciones, la exclusión y remoción por estas causales: desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones o la indignidad y la inhabilidad psíquica sobreviniente a su incorporación.

Si la Legislatura debe tratar la aceptación de la renuncia de los legisladores, necesita el voto de la mayoría de los miembros presentes.

La reforma de 2001 ha incorporado al texto de este artículo el siguiente párrafo: "En todos los casos debe asegurarse el derecho de defensa y debido proceso".

Como estos requisitos tienen su raigambre en la Constitución Nacional y en pactos internacionales que nuestro país ha incorporado al derecho interno, es opinable si resultaba necesario consignar expresamente esta garantía que hace a la esencia del debido proceso legal.

24. Sanciones

La reforma constitucional ha optado por tratar separadamente sus potestades disciplinarias con relación a los terceros. Tales prerrogativas se consagran en el art. 100, que establece el derecho de la Cámara de sancionar las faltas cometidas por las personas que no integran la Legislatura. Las irregularidades pueden cometerse dentro y fuera del recinto y deben atentar en contra del orden de las sesiones.

Dichas sanciones que son exclusivas del cuerpo legislativo pueden consistir en arrestos o servicios comunitarios a terceros por un lapso que no exceda de treinta días; ello es sin perjuicio de ponerlos, si corresponde, a disposición de juez competente. Concluye la norma reiterando la cláusula sobre el derecho de defensa y el debido proceso.

25. Presencia de los ministros

En su actual redacción este artículo no tiene mayores diferencias con su antecedente, el art. 107 de la Constitución de 1987. La norma reglamenta el derecho de recibir información directa por parte de los ministros del Ejecutivo.

El art. 101 establece el derecho que tienen las Cámaras de hacer venir "al recinto o a sus comisiones a los ministros del Poder Ejecutivo" para pedirles los informes y explicaciones que estimaran necesarios; se determina la necesidad de previa comunicación de los puntos a informar a los citados y la obligación que tienen los ministros de concurrir.

La citación debe hacerse en general con un plazo no inferior a cinco días, salvo que se tratase de un asunto de extrema gravedad y urgencia, y así lo disponga la Cámara por mayoría absoluta de sus miembros.

Se ha establecido también la atribución del Poder Ejecutivo de concurrir directamente, cuando lo estime conveniente, en reemplazo del o de los ministros convocados. Ello no obsta para que el gobernador pueda concurrir al recinto de la Cámara cuantas veces lo considere necesario para hablar ante el cuerpo.

26. Informes

La norma del art. 102 reconoce como atribución de la Legislatura y de cada uno de sus integrantes la de requerir informes al Ejecutivo "sobre cuestiones de interés público" para el mejor desempeño de su mandato.

"Los informes así solicitados deben evacuarse dentro del término fijado por la Legislatura".

Este artículo, cuyo antecedente es el art. 108 de la Constitución de 1987, reconoce las facultades de control que deben tener todos los cuerpos legislativos sobre el accionar del Ejecutivo.

En su oportunidad, su redacción fue arduamente discutida. Algunos proponían que debía autorizarse a la Legislatura a requerir informes también a las empresas del Estado u organismos descentralizados. El criterio que se impuso fue que tal como está redactado el artículo, no se impide recabar tales informes, pero deben efectuarse a través del Poder Ejecutivo.

El artículo establece que los informes que requiera la Cámara deben responderse dentro del plazo establecido por ella. De manera tal que si un legislador de la oposición solicita un informe y pretende que se fije un plazo para ser respondido, para que sea imperativo para el requerido, deberá solicitarlo al cuerpo, quien luego de examinar los fundamentos del pedido determinará si fija un término para la respuesta. Si la Legislatura no lo hace, el funcionario u organismo requerido no tiene plazo impuesto para responder.

Estos tipos de condicionamientos, convierten las potestades de información en instrumentos inocuos, en los casos en que los legisladores opositores del gobierno pretenden utilizarlos.

La experiencia recogida con relación a los pedidos de informes de la oposición demuestra que en la mayoría de los casos no han sido respondidos por el Ejecutivo o por sus organismos dependientes. Por ende, el sistema de control parlamentario por la oposición a través de la información que pueda brindar el gobierno queda debilitado considerablemente.

27. Comisiones de investigación

El actual art. 103 ha sido adaptado del art. 109 de la Constitución de 1987, con modificaciones en su redacción para hacerla compatible con el sistema unicameral. La norma afirma la función de control que le corresponde al Legislativo sobre los otros dos poderes del Estado.

Existe abundante literatura nacional y provincial con argumentos controvertidos, respecto de las potestades del Poder Legislativo para investigar a funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo o a terceros.

También se han formulado reparos sobre el ejercicio de esta potestad por las Legislaturas y por el Congreso.

En Córdoba, este debate se produjo en la Convención de 1987, frente a proyectos de algunos de los bloques que, con diversos matices, propugnaban el otorgamiento de la facultad de investigación a la Legislatura provincial.

También se generaron arduas discusiones, al pretender determinar con claridad los objetivos de estas comisiones investigadoras y la amplitud de sus potestades.

El texto vigente establece que las comisiones deben constituirse *al solo efecto del cumplimiento de sus fines*. La doctrina entiende que el cumplimiento

de los fines que pueden tener las comisiones investigadoras, se circunscriben a temas de iniciativa parlamentaria, reforma de la legislación, responsabilidades de los funcionarios públicos que hacen al juicio político y al examen del estado del Tesoro, en cuanto a las cuestiones de rendición de cuentas que analiza también la Legislatura ¹⁵.

La norma constitucional establece el límite de esta atribución, dejando en claro que las comisiones investigadoras deben respetar los derechos y garantías personales y la competencia del Poder Judicial, lo que implica que ninguna comisión investigadora ni el cuerpo legislativo en su totalidad pueden disponer allanamientos, secuestros de documentación o detenciones, sin la previa orden del tribunal competente.

Con acierto, se ha expresado que las comisiones investigadoras son un medio y no un fin en sí mismas, de tal manera que es inadmisibles investigar por el solo deseo de producir un estrépito social, sino que deben tratar de lograr conclusiones que sean positivas para el desarrollo de la legislación y el gobierno de la provincia.

Imbuído de tales propósitos, es atinado que el texto ordene que las comisiones tienen que expedirse ante la Legislatura en cuanto al resultado de lo investigado, a fin de que no solamente la Cámara, sino también la opinión pública, tome debido conocimiento de lo actuado y de sus resultados.

En la provincia de Córdoba, desde que se incorporara al texto constitucional la potestad de investigación legislativa hasta la fecha, no se ha constituido ninguna comisión investigadora por los reparos que impusieron las mayorías gubernamentales a su instrumentación y funcionamiento. Por lo tanto, esta norma constitucional aún no ha operado y no ha demostrado sus bondades o defectos.

Las potestades de investigación del Congreso tampoco fueron reconocidas expresamente en el texto de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, aunque a nuestro parecer es una potestad implícita de ese cuerpo, pero sí se encuentra en varias constituciones provinciales.

28. Atribuciones del Poder Legislativo

En el art. 104 se ha consignado el conjunto de potestades que tiene la Legislatura provincial. Se ha respetado el buen ordenamiento de las materias que corresponden a las atribuciones del Poder Legislativo, siguiendo el desarrollo temático que adoptó la Convención de 1987.

Comienza reconociendo facultades amplias a la Legislatura provincial (inc. 1°): "Dictar todas las leyes que sean necesarias para hacer efectivos los derechos, deberes y garantías consagradas por esta Constitución, sin alterar su espíritu". Reitera y ratifica esta potestad en el inc. 41: "Dictar todas las leyes y re-

glamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución al gobierno de la provincia".

Como el artículo que estamos analizando en general no requiere mayores explicaciones, comentaremos los incisos que a nuestro entender, requieren la formulación de aclaraciones en consideración de su contenido.

El inc. 2° faculta a la Legislatura a aprobar o desechar los tratados o convenios a que se refiere el art. 144, inc. 4°. El artículo referenciado corresponde a las facultades del gobernador que en el caso específico lo autoriza a "Celebrar(r) tratados y acuerdos para la gestión de intereses provinciales y la coordinación y unificación de servicios similares con el Estado federal, las demás provincias, los municipios, y entes públicos ajenos a la provincia, con aprobación de la Legislatura, dando cuenta oportunamente al Congreso de la Nación, en su caso. También celebra convenios, con idénticos requisitos, con otras naciones, entes públicos o privados extranjeros y organizaciones internacionales, e impulsa negociaciones con ellas, sin afectar la política exterior a cargo del gobierno federal".

La provincia goza formalmente hoy de la aptitud para concertar acuerdos con organismos supranacionales, empresas extranjeras o Estados extranjeros, en la medida en que ellos no lesionen las legítimas competencias que corresponden al gobierno federal.

En los debates de la Convención de 1987 quedó en claro que el objetivo fundamental para incorporar esta cláusula era facilitar la integración latinoamericana. Este artículo de la Constitución cordobesa sirvió de referencia para la incorporación del art. 124 en la Constitución Nacional de 1994.

Con la cláusula del inc. 5° se contempla una situación novedosa. Dice: "Instruir a los senadores nacionales para su gestión con el voto de los dos tercios de los miembros, cuando se trate de asuntos en que resulten involucrados los intereses de la provincia".

Esta disposición fue incorporada a la Constitución de 1987, luego de una ilustrada discusión en el seno de la Convención. La controversia se centró en determinar si podía interpretarse el inciso como un mandato imperativo. Se señaló que si bien los senadores nacionales representan a las provincias como Estados, se adoptó el término "instruir" como sinónimo de "aleccionar o informar una cosa". Se dijo: "...Lo que se pretende, es que la Legislatura provincial pueda informar la opinión de los representantes del pueblo de la provincia al senador nacional, cuando se trate de defender en el ámbito del Senado, una posición en donde esté comprometida o interesada la provincia".

La implementación de esta potestad de instruir, que en función de lo antes expresado no es un mandato imperativo, requiere una mayoría agravada de dos tercios de los miembros de la Legislatura. Esta exigencia de una mayoría agravada tiene por objeto evitar que un partido político en ejercicio del poder instruya a los senadores nacionales en contraposición a los intereses generales de la provincia.

¹⁵ *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Provincia de Córdoba*, Edición del Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, 1987, p. 485.

Además, se pretende que los senadores nacionales de la provincia se hagan responsables ante la opinión pública provincial, cuando se aparte de los intereses que representa para seguir instrucciones de su propio partido político o decisiones personales. Se presume que el senador que no acate la instrucción emanada de la Legislatura de su provincia, necesariamente va a sufrir una pena de carácter político por parte de la opinión pública.

El sometimiento o no a las instrucciones que han recibido cada uno de los senadores nacionales representantes de la provincia, no apareja como consecuencia, ni la pérdida de su investidura, ni el cese de su mandato, sino simplemente la influencia adversa que puede sufrir ante la consideración pública, ante quien deberá responder en última instancia.

Otro inciso que requiere consideración es el 8º, que se podría denominar "garantía de la integridad territorial". Dice: "Autorizar con dos tercios de votos de los miembros presentes el abandono de jurisdicción de parte del territorio provincial, con objeto de utilidad pública; y autorizar con la misma mayoría agravada de sus miembros la cesión de propiedad de parte del territorio de la provincia con el mismo objeto. Cuando la cesión importe desmembramiento del territorio, la ley que así lo disponga debe ser sometida a referéndum de la ciudadanía".

La redacción actual mantiene el espíritu que imbuía a los constituyentes de 1923. Sin embargo, un artículo con objetivo similar plasmado en la Constitución de 1987 establecía distintas mayorías agravadas de votos para los diversos casos que se planteaban. Cuando se trataba de abandono de la jurisdicción del territorio provincial con objeto de utilidad pública, situación en que la provincia no pierde su dominio eminente, bastaba con el voto de los dos tercios de los miembros presentes. Pero si se cedía la propiedad de parte del territorio, se exigía dos tercios de los votos de los miembros de cada Cámara.

En el inc. 8º actual se han unificado las dos primeras situaciones, abandono de jurisdicción con el objeto de utilidad pública y cesión de propiedad con objeto de utilidad pública. En ambos casos exigen la misma mayoría de dos tercios de los votos de los miembros presentes.

Ante la situación más grave de desmembramiento territorial, la Constitución incorpora el requisito de referéndum de la ciudadanía como una forma de participación efectiva del pueblo en la decisión.

Inc. 10: "Dictar la Ley Orgánica municipal conforme a lo que establece esta Constitución. En caso de fusión llamar a referéndum a los electores de los municipios involucrados. Dictar leyes especiales que deleguen competencia de la provincia a los municipios".

Por ser atribución de la Legislatura dictar la Ley Orgánica municipal que regula el funcionamiento y competencias de aquellos municipios que no son ciudades y que son mayoría en esta provincia, se sancionó la ley 8102, que contiene el marco normativo al cual deben someterse, tanto estos municipios como las comunas.

Los municipios que reúnen los requisitos para ser ciudades (tener más de 10.000 habitantes) están autorizados para el dictado de su propia Carta Orgánica dentro de los parámetros fijados por la Constitución. En la actualidad, varias ciudades, entre ellas, la de Córdoba Capital, han dictado su propia "Constitución local", mientras que otras se rigen por la Ley Orgánica municipal, hasta el momento en que decidan hacer uso de su potestad constituyente.

Este inciso también prevé la fusión de municipios. En el caso de que hubiera voluntad de fusionar dos o más municipios, la Legislatura deberá convocar a un referéndum entre las poblaciones comprendidas. La iniciativa debe partir de las municipalidades que consideren conveniente su unión.

El inc. 11 faculta a la Legislatura para dictar leyes especiales que deleguen competencia de la provincia a los municipios. Tales delegaciones se han ido realizando a partir de la sanción de la Constitución de 1987 y deben compatibilizarse con lo dispuesto en el art. 185, última parte, que dispone que el gobierno provincial delega a los municipios el ejercicio de su poder de policía en materia de competencia municipal, en las zonas no sujetas a su jurisdicción territorial.

La delegación se encuentra reglamentada por la ley 8102, que respetando el principio tradicional de la Constitución de Córdoba, amplía las facultades tuitivas y de contralor a cargo de los municipios, a zonas que pertenecen a la provincia, pero el poder de policía lo ejercen las municipalidades por expresa decisión del gobierno provincial.

El inc. 12 estatuye: "Disponer con los dos tercios de la totalidad de los miembros que compone la Legislatura, la intervención a las municipalidades, de acuerdo con esta Constitución". Esta disposición debe también compatibilizarse con lo establecido en el art. 193 de la Constitución de Córdoba.

La intervención a los municipios solamente se puede producir en los casos de acefalía, mediante el voto de los dos tercios de cada Cámara. Esa intervención no podrá durar más de 90 días, y el Poder Ejecutivo provincial designará un comisionado para que convoque a nuevas elecciones para completar el período. El comisionado designado por el Poder Ejecutivo sólo tiene facultades para garantizar el funcionamiento de los servicios públicos. La intervención a las municipalidades se limita sólo a los casos de acefalía total, se exige mayoría agravada de votos en la Legislatura y se restringen las facultades de los comisionados tanto en el tiempo como en sus competencias.

En virtud del inc. 18 se confiere la potestad al Poder Legislativo para dictar la Ley de Expropiación y la previa declaración de utilidad pública del bien de que se trate.

Respecto del inc. 19, la reforma de 1987 había reestructurado la facultad otorgada a la Legislatura para el dictado de la Ley General de Jubilaciones, suprimiendo los dispositivos que con anterioridad permitían a los magistrados, los miembros del Poder Ejecutivo y legisladores, optar por la adhesión al régimen jubilatorio o no. Ahora todos los funcionarios, electivos o no, están sujetos a los descuentos de sus haberes a los fines jubilatorios.

En la reforma del 2001 se ha suprimido el plazo de ocho años de vigencia que debía tener la ley para ser reformada, y se mantiene la cláusula que dispone que en ningún caso puede acordar jubilaciones, pensiones o dádivas por leyes especiales que importen un privilegio que difiera del régimen general. Esta disposición viene a revertir una situación injusta y escandalosa que se produjo en varias provincias y en el orden nacional, ante el dictado de leyes especiales de jubilaciones que favorecían a ministros, legisladores, magistrados y otros funcionarios políticos, a quienes se les acordaba el goce del beneficio sin límite de tiempo y de edad.

El inc. 22: "Dictar la legislación electoral y de partidos políticos que contemplen elecciones internas abiertas, simultáneas y obligatorias para la selección de candidatos de todos los partidos políticos". El elevado propósito de la norma tiende a favorecer la limpieza y equidad en el proceso electoral, aunque a la fecha no ha tenido concreción mediante el dictado de la ley reglamentaria.

Inc. 29: "Considerar el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos que remite el Poder Ejecutivo antes del 15 de noviembre para el período siguiente...". El Poder Ejecutivo está obligado a remitir a la Legislatura el proyecto de Presupuesto antes de la fecha indicada, para el período siguiente. Agrega: "...por uno mayor siempre que no exceda el término del mandato del gobernador en ejercicio". Esta modificación es positiva. Hasta la reforma constitucional del año 1987 se exigía que el Presupuesto fuera anual, lo que facilitó reiteradamente su sanción tardía. Entre las demoras en la remisión por parte del Ejecutivo y la renuncia a un tratamiento ponderado por el órgano legislativo, en la Argentina nos hemos acostumbrado a vivir con presupuestos reconducidos o dibujados. Esa irregularidad debe ser corregida y a ello tiende esta cláusula que establece un plazo para la remisión por parte del Ejecutivo, y a la ampliación del período de vigencia del presupuesto que puede abarcar el plazo de mandato de un gobierno, lo cual obvia el tratamiento anual y permite la planificación global en una gestión gubernamental. En la actualidad, en Córdoba, el Poder Ejecutivo ha cumplido con su obligación constitucional, remitiendo anualmente los proyectos de Ley de Presupuesto para cada ejercicio, sin hacer uso de la potestad de elevar proyectos plurianuales.

El último párrafo del artículo señala: "La ejecución de leyes sancionadas por la Legislatura y que importen gastos, se realiza a partir del momento en que existen fondos disponibles en el presupuesto, o se creen los recursos necesarios para satisfacerlo".

El inc. 30 establece: "Proceder a sancionar dicho Presupuesto sobre la base del vigente si el Poder Ejecutivo no presenta el proyecto antes del término que fija esta Constitución". Como se puede advertir, el sistema impide que se inicie el año fiscal sin presupuesto. Si se diera la hipótesis planteada por la norma, la Legislatura dispondrá que se ponga nuevamente en vigencia el presupuesto del período anterior; esta potestad se denomina "reconducción del presupuesto".

El inc. 36 dispone: "Reglamentar la organización y funcionamiento del cargo de Defensor del Pueblo y designar a dicho funcionario con el voto de los dos tercios de sus miembros". Este inciso está íntimamente relacionado con el art. 124, que será comentado más adelante.

El inc. 42 confiere la potestad de dar acuerdo en sesión pública para el nombramiento de magistrados y funcionarios a que se refiere esta Constitución.

Corresponde hacer presente que en el anterior texto constitucional era una atribución exclusiva del Senado prestar acuerdo en sesión secreta para la designación de magistrados y funcionarios (art. 89, inc. 3º, Constitución de 1987). Extinguido el Senado, la atribución se ha transferido a la Legislatura, pero a diferencia del texto anterior, la sesión en que se trate la designación de magistrados deberá ser pública, lo que permitirá a las personas interesadas concurrir a los debates y tomar conocimiento directo de las objeciones que se puedan formular a las calidades personales o profesionales de la persona propuesta, convirtiéndolo en más sano y democrático el procedimiento. La potestad de la Legislatura para prestar acuerdo significa analizar y debatir la propuesta de designación elevada por el Ejecutivo y, en su caso, aprobarla o rechazarla, pero sin posibilidad de modificarla.

Por último, el inc. 43 le otorga a la Legislatura la potestad de declarar la necesidad de la reforma de esta Constitución, de conformidad con lo establecido en los arts. 196 y 197.

29. Formación y sanción de las leyes

El cap. III, de la secc. I, del Tít. I, se refiere a este tema. Dado que la reforma constitucional del año 2001 tuvo como finalidad reemplazar el sistema bicameral por el unicameral, este capítulo referido a la formación y sanción de las leyes ha sufrido modificaciones sustanciales.

El texto de la reforma de 1987 contenía innovaciones vinculadas a este tema, por ejemplo, aquellas que autorizaron el derecho de iniciativa popular para el tratamiento de algunos proyectos de ley.

También se incorporaron mecanismos para agilizar la sanción de las leyes, con el procedimiento de "sanción tácita de leyes", "el trámite de urgencia" y el "trámite en comisión", mecanismos cuyos detalles analizamos con anterioridad y que pueden ser consultados en la obra *La Constitución de Córdoba comentada*¹⁶.

Las buenas intenciones plasmadas en la Convención Constituyente de 1987 con la incorporación de estos procedimientos, no se compatibilizaron con los resultados, de manera que en la última reforma se suprimieron junto con la bicameralidad. En la Legislatura unicameral los procedimientos legislativos se han simplificado, con la intención de agilizar la tarea de la Cámara.

¹⁶ FRÍAS, Pedro J. y otros, *Constitución de Córdoba comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2009. ZARZA MENSAQUE, Alberto, *Poder Legislativo*, La Ley, Buenos Aires, 2000, ps. 75/104.

Penetrando al tratamiento del proceso de formación y sanción de las leyes diseñado por la Constitución reformada, el art. 105 se refiere a la *iniciativa legislativa*, señalando que los proyectos de ley pueden ser presentados por los legisladores individualmente o en grupo, por el Poder Ejecutivo o por iniciativa popular. Esta última consiste en la atribución acordada a una porción del electorado para incitar la actividad legislativa, presentando proyectos de ley para su debate, en los casos determinados por la Constitución o las leyes.

Lamentamos que nuevamente no se haya conferido al Poder Judicial el derecho de iniciativa legislativa en cuestiones atinentes a su propia administración, potestad que está prevista en otras constituciones provinciales, v. gr., Catamarca, Corrientes, Chaco, Chubut, Formosa, La Pampa, Misiones, Neuquén, Río Negro, La Rioja, Salta, Santiago del Estero y San Juan, y cuya conveniencia fuera ya resaltada hace tiempo, por la I Conferencia Provincial de Abogados de Córdoba, en 1986.

Aunque la Constitución de Córdoba no hace referencia expresa al tema, es menester exponer sucintamente el procedimiento para el tratamiento y sanción de las leyes en esta provincia.

Presentado un proyecto a la Cámara, ésta le da entrada y lo pone a consideración en el Orden del Día de la primera sesión plenaria del cuerpo. Luego de que se le dé entrada, salvo que el cuerpo disponga por votación que se trate sobre tablas, por Presidencia se dispone que pase a la comisión a la que corresponda por la materia que trata para su estudio. En la actualidad, son 16 las comisiones de la Legislatura cordobesa (ver arts. 60 a 103, Reglamento Interno de la Legislatura Provincial).

Una vez que el proyecto es analizado en comisión y logra votación mayoritaria favorable de sus integrantes, ésta lo remite al plenario de la Cámara con el despacho; si hubiera más de uno, se acompañarán todos.

Fijada la fecha para el tratamiento del proyecto en el plenario de la Cámara, deberá ser aprobado en general. Obtenida la aprobación del proyecto en general, luego se hace el tratamiento artículo por artículo, ocasión en que podrán ser modificados, cambiados o suprimidos en el plenario. Luego de este tratamiento se somete a votación de la Cámara el proyecto definitivo para convertirlo en ley. Explicaciones más detalladas sobre el procedimiento de formación y sanción de las leyes, se podrán encontrar en las obras que se mencionan en la nota al pie ¹⁷.

El art. 106 establece que algunos proyectos de ley de significativa trascendencia tendrán un trámite especial denominado de doble lectura; dice así: "La declaración de la reforma de esta Constitución, la Ley de Presupuesto, el Código Tributario, las leyes impositivas, y las que versen sobre empréstitos se aprueban en doble lectura en la forma que establezca el reglamento".

¹⁷ ZARINI, Helio J., *Constitución Argentina. Comentada y concordada*, Astrea, Buenos Aires, 1996, cap. V; ZARZA MENSAQUE, Alberto, *El Congreso en la Argentina finisecular*, Universidad Nacional de Córdoba, 1986, ps. 426 y ss.

El reglamento de la Cámara, en su art. 117, se limita a transcribir el texto constitucional; solamente agrega que para el caso de la declaración de reforma de la Constitución, se requieren dos tercios de los votos de los miembros de la Cámara para su aprobación, tanto en la primera como en la segunda lectura. En los demás asuntos sujetos a este procedimiento, se requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Legislatura.

El párr. 2° del art. 106 expresa: "El intervalo de tiempo existente entre la primera lectura y la segunda no puede ser superior a quince días corridos. Entre la primera y segunda lectura puede existir una audiencia pública cuya reglamentación se hará por ley.

"La Legislatura con la mayoría absoluta de sus miembros puede decidir qué otras leyes quedan sujetas por su naturaleza e importancia al régimen de doble lectura".

El sentido de este dispositivo es lograr un doble examen y aprobación de un proyecto que tiene significativa trascendencia. Para el mejor logro de este objetivo, resulta de suma importancia la consulta a los diversos sectores de la sociedad que pudieran estar involucrados o interesados en la propuesta, para que formulen sus opiniones, sugerencias y reservas, si las tuvieran. Ésta es una de las razones por las cuales se establece un período entre la primera y segunda votación del proyecto. Por ello nos parece inadecuado que la norma haya establecido que la decisión sobre la realización de la audiencia pública sea facultativa y no obligatoria para la Legislatura.

El art. 107, bajo el título "Rechazo", ratifica un antiguo principio parlamentario que determina que todo proyecto de ley rechazado totalmente por la Legislatura no puede ser tratado nuevamente en las sesiones de ese año.

El art. 109 se refiere al proceso de promulgación tácita o expresa por parte del Poder Ejecutivo del proyecto de ley sancionado por la Legislatura, y al ejercicio de la potestad de veto total o parcial por éste. Determina que sancionado un proyecto de ley por la Cámara, pasa al Poder Ejecutivo para su examen (quien debe disponer para ello con adecuado personal técnico). Si el Ejecutivo no tiene observaciones, lo promulga y ordena su publicación.

El artículo dispone imperativamente: "...Todo proyecto sancionado y no vetado dentro de los diez días hábiles de recibida la comunicación por el Poder Ejecutivo queda convertido en ley...". Esto se denomina promulgación tácita.

Pero el Poder Ejecutivo está facultado para "vetar" el proyecto de ley en su totalidad y reenviarlo al Legislativo; si la Legislatura acepta la decisión, el proyecto queda desechado y no podrá repetirse nuevamente en las sesiones de ese año.

Si la Cámara no admitiera el veto, podrá insistir en su sanción original con el voto de los dos tercios de los miembros presentes, con lo que el proyecto se convierte en ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. El gobernador está obligado a respetar esta última decisión de la Legislatura.



El Poder Ejecutivo también está facultado para promulgar parcialmente una ley vetada, siempre que ésta tuviera autonomía normativa, que no afectare la unidad del proyecto, previa decisión favorable de la Legislatura.

Por lo tanto, para que se pueda promulgar parcialmente una ley vetada en parte, deben darse estas condiciones: 1) que la parte no vetada tenga autonomía normativa; 2) que no se afecte la unidad del proyecto; 3) que la Legislatura preste su consentimiento. Ello significa que el Legislativo será el que en última instancia decida si efectivamente todos estos requisitos se han cumplido.

Esta modalidad de promulgación parcial fue incorporada al texto de la Constitución de 1987, y se fundamentó en aquella Convención en la necesidad de dar celeridad a la sanción legislativa, "...puesto que la promulgación parcial...", se dijo, "...está propiciando que determinada ley no quede trabada en sus aspectos sustanciales por el veto parcial del Ejecutivo, que en nada altera el espíritu de unidad normativa de aquella..."¹⁸.

La institución del veto parcial, que no existía en la Constitución Nacional de 1853, ha sido incorporada con matices en el art. 80 de la reforma de 1994.

El art. 110 de la Constitución de Córdoba se refiere al caso en que el gobernador decidiera vetar totalmente una ley; dispone: "Vetada una ley por el Poder Ejecutivo, la Legislatura debe tratarla dentro de los treinta días durante las sesiones ordinarias. Transcurrido dicho plazo sin que la Legislatura trate el proyecto, éste queda desechado.

"Si estuviera en receso, el término para pronunciarse sobre la ley es de treinta días contado desde la apertura del siguiente período ordinario de sesiones o del comienzo de las extraordinarias.

"El receso de la Legislatura suspende el término que estuviese corriendo, para ser completado durante las sesiones ordinarias o extraordinarias".

El cap. III concluye con el art. 111, que ratifica el principio de vigencia e irretroactividad de las leyes.

Con la reforma constitucional de 2001, la provincia de Córdoba retornó a la unicameralidad que había abandonado en 1870, con limitación en el número de sus miembros, eliminando el sistema de mayoría garantizada para el partido gobernante. También instrumentó la implementación de un sistema electoral de tipo segmentado, la supresión del requisito del 2% para acceder a las bancas, la derogación de las inmunidades de arresto y de proceso para los legisladores, la selección de candidatos por elecciones internas abiertas, simultáneas y obligatorias, el equilibrio de género en la integración de la legislatura, la incorporación de la suplencia temporaria o en caso de licencia o impedimento que exceda el plazo de 30 días, la disminución de la edad para ser legislador a 18 años, la supresión de los viáticos a los legisladores, el otorgamiento del acuerdo a los magistrados en sesión pública de la Legislatura, la extensión del período de se-

siones ordinarias, la regulación de un nuevo sistema de formación y sanción de las leyes, con exigencia de doble lectura para los temas de mayor importancia, y la supresión de los trámites de urgencia, de sanción de normas en comisión y de la aprobación ficta de leyes que admitía el anterior texto, con el establecimiento de un nuevo procedimiento de juicio político adecuado al sistema unicameral adoptado y la inclusión de una cláusula transitoria que disponía la caducidad de los mandatos de los legisladores en funciones a partir del día 10/12/2001.

30. Juicio político

El cap. IV, que abarca desde el art. 112 al 123, regula la institución del juicio político, mecanismo previsto en la Constitución Nacional y en todas las constituciones de las provincias argentinas, para la remoción de las principales autoridades del Estado provincial.

Las provincias muestran algunas variantes en el procedimiento, en los casos que se traten de sistemas unicamerales o bicamerales. Este tema fue tratado anteriormente con suma solvencia por el profesor de nuestra cátedra, Dr. Ricardo Alberto Vergara¹⁹, cuyas expresiones trataremos de sintetizar.

El profesor, citando a Vanossi, nos recuerda que en todo sistema democrático y constitucional, a todo acrecentamiento del poder, corresponde un acrecentamiento de los controles que exigen a los funcionarios públicos, mayores responsabilidades.

Los que transitan por los campos del derecho, conocen que los habitantes del país son responsables de sus actos u omisiones en materia civil y penal, y también administrativa. Si se trata de los funcionarios públicos, se potencian las responsabilidades, porque además de las que les corresponde como a cualquier ciudadano, están también sujetos a la responsabilidad administrativa que corresponde a los agentes públicos.

Si proceden irregularmente transgrediendo obligaciones impuestas legalmente y que afectan su desempeño o la actividad de la administración, quedan sujetos a las sanciones administrativas que les impongan sus superiores jerárquicos.

También son responsables penalmente por los delitos que pudieran cometer como funcionarios o agentes públicos (abuso de autoridad, cohecho, incumplimiento o violación de los deberes de funcionario público, malversación de caudales públicos, prevaricato, etc.).

La "responsabilidad política" está limitada a un determinado sector de funcionarios, que han sido designados representantes de la soberanía popular, para el ejercicio de altas funciones de gobierno, sea su nombramiento de origen electoral o no.

¹⁸ *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Provincia de Córdoba*, Edición del Boletín Oficial de la Provincia, 1987, p. 259.

¹⁹ VERGARA, Ricardo A., en FRÍAS, Pedro J. y otros, *Derecho público provincial*, cit., cap. III, p. 259.

Para determinar tal responsabilidad y aplicar las sanciones pertinentes, se sustancia un procedimiento denominado "juicio político", que tiene por objetivo fundamental la destitución del funcionario antes de que finalice el mandato para el que estaba designado, basado en causales preestablecidas.

Se lo denomina "juicio político" porque no es un juicio penal, como bien lo indica Bidart Campos²⁰. Mediante este procedimiento no se persigue castigar, sino separar del cargo; no juzgar un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno inconveniente para el Estado. El juicio político agota su objetivo cuando el funcionario es separado o resigna el cargo²¹.

Este instituto se encontraba regulado en anteriores constituciones de Córdoba. La estructura actual del procedimiento guarda las características básicas del diseñado en la Constitución de 1923. En la reforma de 1987 se ampliaron las causales, los funcionarios comprendidos y se detalló el procedimiento ante las dos Cámaras legislativas: Diputados como sala acusadora y el Senado como Cámara juzgadora²².

Como la reforma de 2001 modificó la organización del Poder Legislativo convirtiéndolo en unicameral, debió adecuarse el régimen del juicio político a este nuevo tipo de Legislatura.

Los funcionarios sujetos a este procedimiento son: el gobernador, el vicegobernador, los miembros del Tribunal Superior de Justicia y ministros del Poder Ejecutivo; los miembros del Tribunal de Cuentas, el fiscal de Estado, el fiscal general y al Defensor del Pueblo.

También se han ampliado las causales de destitución; así, al mal desempeño, delito en el ejercicio de sus funciones, delitos dolosos comunes, se han agregado a partir de la reforma constitucional de 1987 la incapacidad física o psíquica sobreviniente y la indignidad (art. 112, Constitución de Córdoba).

El art. 114 del texto vigente establece cómo se compondrán los organismos que han de llevar a cabo este procedimiento. Siguiendo las pautas de la mayoría de las provincias con sistema unicameral, se ha dispuesto que a los fines del juicio político, la Legislatura, en su primera sesión ordinaria, se divide en dos salas que integran en forma proporcional a la representación política de sus miembros en aquella.

Una sala tiene a su cargo la acusación y la segunda el juzgamiento. La sala acusadora es presidida por un legislador elegido de su seno, y la juzgadora, por el vicegobernador. En caso de que éste fuera enjuiciado o estuviera impedido, por el presidente provisorio de la Legislatura.

²⁰ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 595.

²¹ ILDARRAZ, Benigno - ZARZA MENSAQUE, Alberto - VIALE, Claudio, *Derecho constitucional y administrativo*, 2ª ed., Eudecor, Córdoba, 2001, ps. 274 y ss.

²² MUÑOZ, Ricardo A., *El control político por y en la Legislatura de Córdoba según su Constitución*, Universidad Nacional de Río

El art. 113 dispone que "cualquier ciudadano puede denunciar, ante la sala acusadora, a los efectos de que se promueva juicio a los funcionarios mencionados por las causales a las que se refiere el artículo precedente".

El art. 115 determina que en la sesión establecida por el art. 114 la sala acusadora nombra una comisión investigadora "cuyo objeto es investigar la verdad de los hechos en que se funda la acusación y tiene a ese efecto las más amplias facultades".

El "Reglamento Interno de la Legislatura Provincial", en el art. 131 referido al tema, dispone que deberá aplicarse un procedimiento que garantice efectivamente el derecho de defensa del imputado. Este principio presupone el requisito de que también en esta etapa "instructora" el presunto acusado pueda conocer las imputaciones y ejercer su defensa, haciéndose oír, ofreciendo prueba y controlando la que se produzca.

El art. 133 de este mismo reglamento determina que la comisión investigadora tendrá facultades instructoras. Luego de la investigación, la comisión es la que dictamina ante el pleno de la sala. Una vez escuchado el dictamen de la comisión, la sala acusadora resuelve, con el voto de dos tercios de sus miembros presentes, si da curso a la acusación.

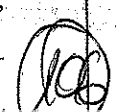
Por su parte, el art. 116 de la Constitución ordena el plazo máximo de duración de esta etapa: "...la comisión culmina sus diligencias en el término de veinte días y presenta dictamen a la sala acusadora, la que sólo puede admitirlo por el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes".

Si la sala acusadora admite el dictamen de la comisión investigadora, notifica al interesado sobre la existencia de la acusación y puede suspenderlo preventivamente en sus funciones, sin goce de retribución y comunica lo actuado a la sala juzgadora, remitiendo todos los antecedentes que obren en su poder. El texto constitucional anterior era más tajante; establecía que producida la acusación, el funcionario implicado quedaba obligatoriamente suspendido hasta la conclusión del juicio.

El art. 118 de la Constitución y el art. 135 del Reglamento Interno de la Legislatura, disponen que admitida la acusación por la sala acusadora, ésta nombra una comisión de tres integrantes a simple pluralidad de votos, para que la sostenga ante la sala juzgadora, que se constituye en tribunal de sentencia, previo juramento de sus miembros.

El art. 119 de la Constitución de Córdoba dispone que, entablada la acusación por la sala acusadora, el tribunal de sentencia procede a conocer la causa y debe fallar antes de los treinta días. Si vencido ese término no hubiese fallado, el acusado vuelve al ejercicio de sus funciones.

El art. 120 de la Constitución de Córdoba, bajo el título "Garantía de defensa", determina que la ley establece el procedimiento, garantizando la defensa y descargo del acusado, quien goza de todas las garantías y derechos reconocidos por esta Constitución y la Constitución Nacional.



A partir del momento en que entra en funcionamiento la comisión investigadora hasta el pronunciamiento de la sala juzgadora, el funcionario debe tener ampliamente garantizado su derecho de defensa y la aplicación de las reglas del debido proceso legal.

Según el art. 121 de la Constitución de Córdoba, ningún acusado puede ser declarado culpable sino con el voto de los dos tercios de la totalidad de los miembros del tribunal de sentencia. La votación es nominal. Como podemos advertir, el artículo significa una garantía más a favor del acusado, dado que exige una mayoría agravada que en votación nominal destituya al funcionario.

El art. 124 de la Constitución de Córdoba dispone que el juicio político no puede durar en ningún caso más de cuatro meses: "Vencido dicho plazo sin haberse dictado resolución, queda sin efecto el juicio". Se produce la prescripción de la acción.

Con el título "Fallo. Irrecurribilidad", el art. 122 de la Constitución estatuye que el fallo no tiene más efecto que destituir al acusado y aun inhabilitarlo para ejercer cargo público por tiempo determinado, quedando el acusado, si correspondiere, sujeto a juicio de los tribunales ordinarios, conforme a la legislación vigente.

"El fallo que dicte el tribunal de sentencia es irrecorrible". No cabe duda, la decisión del Tribunal de Juicio Político no puede ser revisada judicialmente por ningún tribunal.

En las sesiones de la Convención Constituyente de 1987 se produjo un ilustrado debate entre quienes sostenían la irrecurribilidad total de la decisión de la Cámara juzgadora y los que consideraban que si se incurre en algún vicio grave en el procedimiento que atentare contra del derecho de defensa o el debido proceso, resultaría viable el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia.

La opinión de la mayoría en aquel momento consideró que el juicio político no es un acto jurisdiccional que esté ejerciendo el Poder Legislativo, sino una función política, una suerte de prejuicio, para dejar al funcionario a disposición de los mismos jueces que juzgan a todos los ciudadanos, ratificando que este tipo de sentencias resultan absolutamente irreversibles.

Este mecanismo solamente es aplicable a aquellos funcionarios que estén en ejercicio actual de sus funciones, de manera que si ante una acusación de la sala acusadora o ante el eventual juzgamiento por la sala juzgadora, el funcionario sujeto a tal procedimiento presenta su renuncia, el juicio político queda agotado por falta de objeto, pues su finalidad principal es la destitución y lleva solamente como accesoria la inhabilitación.

Se trata de un juicio con objetivos y finalidad políticas, y está íntimamente vinculado a las lealtades partidarias. En nuestra provincia no ha sido aplicado luego de la reforma constitucional de 1987. Sin embargo, en el orden nacional y en este período de gobierno, hemos conocido varios juicios políticos contra miembros de la Corte Suprema de

rrioridad a la asunción del actual presidente. Los casos de Boggiano, López, Moliné O'Connor, Nazareno y Vázquez ocuparon durante un tiempo las portadas de los periódicos argentinos. En todos estos procesos los magistrados cesaron en sus funciones, sea por destitución o por renuncia, y aquellos que fueron separados de sus funciones y plantearon sus reclamos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el alto cuerpo no les admitió el planteo por tratarse de una "cuestión política no justiciable".

Antes de concluir el capítulo, por razones pedagógicas, hemos considerado conveniente resaltar los requerimientos de mayorías especiales que se exigen para la sanción de ciertas decisiones que adopte la Legislatura provincial.

El principio general determina que el cuerpo, si tiene quórum para sesionar, puede sancionar leyes con simple mayoría de votos de los miembros presentes.

Sin embargo, hay cierto tipos de normas de singular trascendencia que requieren para su sanción mayorías especiales, las que se encuentran establecidas en el texto constitucional o en el Reglamento de la Legislatura.

Así, se exige el *voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Cámara*:

— Para la aprobación del presupuesto, sanción del Código Tributario, leyes impositivas y leyes que versen sobre empréstitos (art. 117, Reglamento Interno de la Cámara).

— Para determinar qué otras leyes serán sometidas al procedimiento de doble lectura (art. 106, Constitución de Córdoba, y 117 Reglamento de la Legislatura).

— Para citar al recinto de inmediato a los ministros del Poder Ejecutivo, en asuntos de extrema gravedad y urgencia (art. 101, Constitución de Córdoba; art. 196, Reglamento de la Legislatura).

Se requiere *mayoría de votos de dos tercios de los miembros presentes*:

— Para plantear una cuestión de privilegio (art. 130, Reglamento de la Legislatura).

— Dar curso a la acusación en el juicio político (sala acusadora) (art. 116, Constitución de Córdoba, y 133, Reglamento de la Legislatura).

— Autorizar el abandono de jurisdicción de parte del territorio provincial con el objeto de utilidad pública (art. 104, inc. 8º, Constitución de Córdoba).

— Autorizar con la misma mayoría agravada de sus miembros la cesión de propiedad de parte del territorio de la provincia con el mismo objeto (art. 104, inc. 8º, Constitución de Córdoba).

— Autorizar al Poder Ejecutivo a contraer empréstitos (art. 104, inc. 33, Constitución de Córdoba).

— Insistir en un proyecto de ley vetado por el Poder Ejecutivo en forma total o parcial (art. 109, Constitución de Córdoba).

Es necesaria *mayoría de dos tercios de la totalidad de los miembros de la*

— Para la aprobación de la ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional (art. 117, Reglamento de la Legislatura).

— Para condenar la sala juzgadora en el juicio político (art. 121, Constitución de Córdoba, y art. 135, Reglamento de la Legislatura).

— Para corregir o excluir de su seno a un legislador por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones o por indignidad (art. 99, Constitución de Córdoba), removerlo por inhabilidad física o psíquica sobreviniente (art. 99, Constitución de Córdoba).

— Para instruir a los senadores nacionales para su gestión cuando se traten de asuntos en que resulten involucrados los intereses de la provincia (art. 104, inc. 5º, Constitución de Córdoba).

— Para establecer los límites de las regiones de la provincia que modifiquen el actual sistema de departamentos (art. 104, inc. 7º, Constitución de Córdoba).

— Intervenir un municipio (art. 104, inc. 12, Constitución de Córdoba).

— Reglamentar la organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo y designar a dicho funcionario (art. 104, inc. 36, Constitución de Córdoba).

Hemos concluido el capítulo, aconsejamos acompañar su estudio con el texto de la Constitución provincial pertinente.

Debemos agradecer a la docente de la Cátedra B de Derecho Público Provincial y Municipal, abogada Marcela Silvina Álvarez, por su generosa cooperación en la recopilación de datos para este trabajo.

CAPÍTULO XIV

EL PODER EJECUTIVO PROVINCIAL

por LUIS CORDEIRO PINTO *

I. INTRODUCCIÓN

Para su mejor comprensión, el Poder Ejecutivo se desarrollará tomando como modelo la estructura orgánica y funcional que dicho poder tiene en la Constitución de Córdoba.

Ello no ha sido un impedimento para incluir aspectos doctrinarios que se estimaban importantes, como también considerar las disposiciones constitucionales de las demás provincias, cuando la distinción o similitud mostraba alguna significación.

El tratamiento secuencial de la normativa constitucional pareciera que otorga preponderancia al órgano por sobre las funciones, por lo que desde ya se deja claramente señalado que el proceso interorgánico es esencialmente dinámico.

El órgano ejecutivo es en sí mismo un sistema que a su vez constituye un subsistema del estado provincial del cual forma parte juntamente con los órganos legislativo y judicial.

El enfoque que corresponde al análisis es sistémico, encontrándose las propiedades esenciales en el todo —estado provincial— y no en cada una de las partes que lo integran.

Las propiedades de cada uno de los órganos no son intrínsecas, por lo que sólo pueden ser comprendidas plenamente en el conjunto del cual forman parte.

Estas propiedades esenciales del todo son deterioradas cuando el sistema es diseccionado en algunos de sus elementos constitutivos.

Más que los órganos, entonces, lo importante son las relaciones, la conectividad y el contexto.

Con estas aclaraciones previas, introducimos el tema.

II. PODER EJECUTIVO

1. Naturaleza y duración

La Constitución trata al Poder Ejecutivo en la 2ª parte, "Autoridades de la provincia"; Tít. I, "Gobierno provincial", secc. II.

107

Las disposiciones de la reforma constitucional continúan denominándolo Poder Ejecutivo, no obstante que la doctrina especializada viene destacando desde antiguo la distinta significación que tiene el poder, el órgano y la función.

Ello importa un error conceptual, que a su vez produce confusión en la interpretación de la correcta estructura orgánica de la institución, y en las diversas actividades o funciones que debe desempeñar.

Cuando la Constitución menciona al Poder Ejecutivo, en realidad alude al órgano ejecutivo, el que según el art. 128 es desempeñado por un ciudadano con el título de gobernador de la provincia (concuera con: Jujuy, art. 124; La Rioja, art. 115; San Juan, art. 173, Santiago del Estero, art. 125).

La disposición del art. 128, el primero del capítulo respectivo, le sirve de base a la mayoría de los autores para señalar que el Ejecutivo está integrado por un solo miembro.

Las distintas posiciones sobre la conformación del Ejecutivo como órgano unipersonal o plural, según que los ministros y demás funcionarios integren el mismo, no han contemplado otros aspectos de especial significación.

Nadie puede admitir que las múltiples actividades asignadas al Ejecutivo sean desempeñadas por una sola persona.

No se ha explicado satisfactoriamente por qué causa los actos de los funcionarios que, según se afirma, no integran el Ejecutivo, le son atribuidos a éste.

Además, hay funciones administrativas que son propias del Ejecutivo, ejercidas también por los ministros por sí solos, y otras tantas son actuadas cuando aquél les delega parte de su competencia, de acuerdo con lo previsto por la última parte del art. 147, Constitución provincial.

Más relevante que ello es, sin duda, el poder de *imperium*, es decir la facultad decisoria del órgano ejecutivo, que no se encuentra en la sola voluntad del órgano individuo denominado gobernador, sino en las voluntades concurrentes y simultáneas de este último y de los ministros, tal como lo dispone en forma expresa el citado art. 147, Constitución provincial.

Es cierto que doctrinariamente puede distinguirse en el contenido del mismo instrumento decisorio la decisión propiamente dicha del gobernador del refrendo y legalización a cargo de los ministros.

Ello, sin embargo, no altera la condición impuesta por la Constitución, que requiere que dos voluntades distintas, gobernador y ministros, concurren en forma simultánea a suscribir los actos del órgano ejecutivo, sin cuyo requisito carecen de validez.

Si se tiene en cuenta el liderazgo que en la praxis constitucional ejerce el titular del Poder Ejecutivo, que se extiende no sólo a todo el ámbito administrativo, incluidas las dependencias autárquicas, sino que alcanza también a ámbitos reservados a los otros poderes, se podrá tener otra concepción, pero no es la que surge del texto constitucional.

Más allá de todas las definiciones formales del texto normativo, lo importante es determinar quién o quiénes son los habilitados jurídicamente para

mar decisiones, y en este sentido la Constitución es terminante: los actos del gobernador que no tengan el refrendo o legalización de los ministros carecen de validez (art. 147).

Ello significa que no puede haber acto del gobernador que pueda ser resuelto por sí mismo. Uno u otro ministro debe necesariamente suscribir el mismo acto, de lo contrario no habrá instrumento válido.

En consecuencia, las decisiones del Ejecutivo son actos complejos que requieren la voluntad coincidente del gobernador y al menos un ministro.

Ninguna incidencia tiene que el titular del Ejecutivo pueda remover al ministro, toda vez que en cualquier circunstancia deberá cumplirse la previsión contenida en el art. 147 citado.

Se señaló anteriormente que la disposición del art. 128 no intenta aludir al poder, sino que hace referencia al órgano.

En efecto, se trata de una estructura integrada por diversos funcionarios que se encuentran armónicamente organizados en una relación jerárquica con el titular, a quien se le ha conferido la atribución para expresar en última instancia la voluntad del órgano en la forma anteriormente señalada.

En la Constitución de 1923, el art. 27 impedía la delegación de funciones, pero dicha disposición fue modificada.

El actual art. 13 admite la delegación en los casos previstos por la Constitución, tema que se analizará más adelante.

Tal determinación es más realista y atiende a las necesidades de una organización que pretende ser eficiente.

De lo expresado surge que se está haciendo referencia a un instituto que requiere la participación de varios funcionarios, integrados en una organización.

Por ello, aun cuando el art. 128 señale que el Ejecutivo es desempeñado por un ciudadano, no excluye la participación de quienes, dentro del mismo ámbito, actúan de acuerdo con las previsiones constitucionales.

El Ejecutivo tiene una estructura piramidal, definida por normas que hacen a su organización, al contenido de los actos que dicta y al procedimiento en cada caso debe cumplirse.

Las bases de todas estas normas están en la Constitución, pero son sólo disposiciones fundamentales que deben necesariamente ser complementadas con las leyes respectivas. Entre ellas, la Ley de Ministerios, la Ley de Procedimiento Administrativo, la ley que establece las misiones y funciones del personal de conducción y de ejecución, la Ley de Administración Presupuestaria, la Ley de Contabilidad, etcétera.

En el vértice de la pirámide se encuentra el gobernador, que es quien expresa juntamente con el ministro del ramo la voluntad del órgano, salvo los casos en que la Constitución y la ley admiten que ello pueda ser efectuado por los ministros por sí solos, o por los funcionarios a quienes se les haya delegado expresamente esa atribución.

Es posible distinguir en el Ejecutivo funciones ejecutivas, políticas y administrativas. Pueden actuar diversas dependencias según

los casos, aunque en algunas circunstancias se manifieste simultáneamente en la misma decisión un contenido ejecutivo, político y administrativo.

Las actividades propias de la denominada función ejecutiva son cumplidas por una estructura orgánica dirigida por el gobernador de la provincia, quien imparte directivas, instrucciones o reglamentos para su mejor desenvolvimiento.

El miembro informante de la comisión de la Convención Constituyente que trató el Poder Ejecutivo expresó que, conforme al despacho de ésta, dicho órgano continuaba siendo unipersonal. Agregó que la "titularidad del Poder Ejecutivo corresponde al gobernador de la provincia" (*Diario de Sesiones*, nro. 8, p. 593).

No obstante lo precedentemente señalado, lo cierto es que de las disposiciones constitucionales citadas se desprende que las decisiones del gobernador son actos complejos que, para ser emitidos válidamente, requieren la voluntad coincidente del gobernador y de al menos un ministro.

Asimismo, las actividades preparatorias para la decisión de los actos son producidas por una estructura que tiene diversas dependencias, a las que la Constitución y las leyes les han asignado diferentes funciones.

El art. 129 prevé la figura del vicegobernador, quien preside la Legislatura, reemplaza al gobernador, es su colaborador directo y puede participar en las reuniones de ministros. Se elige al mismo tiempo y por el mismo período que el gobernador y no puede ser cónyuge o pariente hasta el segundo grado (concuera con: Jujuy, arts. 124-125; La Rioja, arts. 115-116; San Juan, arts. 173-174; Santiago del Estero, arts. 121-122).

Preside la Legislatura, pero no tiene voto sino en caso de empate. No integra propiamente el cuerpo legislativo y el voto que se le asigna es con la sola finalidad de dirimir la igualdad de votos emitidos sobre posiciones contrarias.

La reforma del año 2001, incorporó en el art. 85 la figura del presidente provisorio —debió decir provisional—, quien es designado del seno de la legislatura, a la que preside en ausencia del vicegobernador e integra la línea sucesoria en caso de afealía simultánea del gobernador y vice. Este presidente provisional tiene voz y voto en razón de integrar el cuerpo y, al igual que el vicegobernador, tiene también doble voto en caso de empate.

Las condiciones para ser elegido gobernador y vicegobernador, que antes en general se remitían a las mismas condiciones que para ser senador, son establecidas por el art. 130. Dicha norma requiere la edad de treinta años, ser argentino nativo o por opción y tener residencia en la provincia durante los cuatro años anteriores inmediatos a su elección, salvo el caso de ausencia motivada por servicios a la Nación o provincia, o en organismos internacionales, de los que aquélla forme parte (concuera con: Jujuy, art. 125; La Rioja, art. 116; San Juan, art. 174; Santiago del Estero, art. 122).

La disposición del art. 131 solucionó definitivamente la contradicción que existía entre la prohibición que impedía alterar el sueldo del gobernador y vice durante el período de su mandato, y la necesidad de su actualización, a raíz

del deterioro del signo monetario. La nueva disposición aludida mantiene la 1ª parte del texto de 1923, pero agrega "salvo modificaciones de carácter general" (concuera con: Jujuy, art. 132; La Rioja, art. 119; San Juan, art. 181, Santiago del Estero, art. 129).

Se sustituyó el tratamiento oficial de "Excelencia" que disponía el artículo, por el de gobernador y vicegobernador que establece el art. 132.

El impedimento para ausentarse de la Capital sin autorización de las cámaras, hasta tres meses de haber cesado en su ejercicio, fue sustituido por la prohibición de ausentarse de la provincia por un período superior a quince días sin autorización de las cámaras. En caso de receso, debe dárseles cuenta oportunamente (concuera con: Jujuy, art. 130; La Rioja, art. 120; San Juan, art. 179; Santiago del Estero, art. 127).

La finalidad de una y otra norma son bien diferentes, y ello queda manifestado en las expresiones literales de los respectivos textos.

La afealía del gobernador se trata en forma similar al texto que regía, distinguiéndose entre causales de ausencia permanente, como la muerte, destitución o dimisión y las transitorias, como suspensión, acusación u otros impedimentos. En ambos casos el cargo es desempeñado por el vicegobernador y lo será hasta completar el período, o hasta la reincorporación del gobernador, según las causales enunciadas (art. 134).

La afealía simultánea del gobernador y vice se ha mantenido en términos similares, ya que la reforma abre la sucesión a favor del presidente provisional de la Legislatura, quien debe convocar dentro de los treinta días a la provincia a una nueva elección para llenar el período corriente. Ello deberá ser así, siempre que falten cuando menos dos años y que la separación o impedimento del gobernador o vicegobernador fuese permanente. En caso de procederse a una nueva elección, ésta no puede recaer, dice el art. 135, sobre quien ejerce el Poder Ejecutivo.

La modificación introducida exige que en estos casos se convoque a nuevas elecciones dentro de los treinta días y siempre que falten cuando menos dos años para completar el período. Por cierto que aquí también debe tratarse de un impedimento permanente del gobernador y vice (art. 134) (concuera con: Jujuy, art. 128; La Rioja, art. 121; San Juan, arts. 182 a 184; Santiago del Estero, arts. 124 a 126).

Se ha legislado la afealía del gobernador y la afealía simultánea del gobernador y vice, pero no se ha previsto el impedimento permanente de este último.

Se podría interrogar entonces si se trata de un vacío legislativo o de una exclusión deliberada.

La respuesta surge de las disposiciones contenidas en los arts. 140 y 129, que tratan sobre la forma de elección del gobernador y vicegobernador.

El art. 1º expresa que ambos funcionarios son elegidos directamente por el pueblo de la provincia y la segunda norma citada señala que "...al mismo tiempo y por un mismo período se elige un vicegobernador..."

De la norma citada se desprende en forma clara que la elección de ambos funcionarios debe realizarse en el mismo tiempo y por un mismo período.

Como surge de las disposiciones mencionadas, la elección del gobernador y vicegobernador se realiza por una fórmula completa y cerrada, que no admite la posibilidad de abrirse para que con posterioridad a su elección, y por un nuevo acto electoral, el binomio gubernamental pueda quedar integrado con un funcionario perteneciente a un partido político y el otro a una representación política distinta.

Esta misma situación es la que seguramente ha determinado que como práctica constitucional, en el orden nacional se haya omitido la nueva elección del vicepresidente en caso de vacancia. Salvo el caso del vicepresidente Quijano, las vacantes nunca fueron cubiertas.

Lo precedentemente expuesto indica que la ausencia del tratamiento de la acefalía del vicegobernador no se debe a un vacío legislativo sino a una omisión deliberada.

También se debe señalar que resulta incongruente la última parte del art. 135, al disponer que en caso de tener que convocarse a una nueva elección de gobernador y vice, impida a quien ejerce provisionalmente el Poder Ejecutivo que pueda ser candidato, que es precisamente lo que ocurre en caso de reelección del gobernador (art. 136).

Se han establecido para el gobernador y vice las mismas inmunidades, inhabilidades e incompatibilidades que tienen los legisladores, alcanzando la inmunidad de opinión también a los candidatos a dichos cargos, que los comprenderá desde la oficialización como tales, hasta la proclamación de los electos (concuera con: Jujuy, art. 131; La Rioja, art. 119; San Juan, art. 177; Santiago del Estero, art. 129).

Por incompatibilidad debe entenderse a la imposibilidad legal o material para ejercer simultáneamente la función ejecutiva y otras actividades públicas o privadas.

Desde esta perspectiva, no parece adecuado asimilar las incompatibilidades del gobernador de la provincia con las de un órgano colegiado, como es el Poder Legislativo.

Debe distinguirse la incompatibilidad legal, que es la que se encuentra prevista en una norma jurídica, de la material. La incompatibilidad material es la imposibilidad de hecho de atender las funciones públicas y privadas en forma simultánea.

Las importantes atribuciones y deberes del gobernador exigen una dedicación completa, que no es la que se ha establecido para el cuerpo legislativo. En ese ámbito, por el contrario, se permite la docencia con dedicación simple, el ejercicio de funciones empresariales y toda otra que no se encuentre prohibida (art. 87).

Las prohibiciones que impedían al gobernador de la provincia ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas penales, constitucionales

las fenecidas, que se encontraban en la secc. III del Poder Judicial, han sido incorporadas a la secc. II, "Del Poder Ejecutivo" (art. 138).

El período de duración del mandato de gobernador y vice se ha mantenido en los mismos términos (art. 139) (concuera con: Jujuy, art. 127; La Rioja, art. 117; San Juan, art. 175; Santiago del Estero, art. 123).

Sin duda, una de las mayores discusiones producidas tanto en la Convención Constituyente del año 1987, como en los foros políticos, estuvo referida a la modificación de la cláusula que impedía la reelección de gobernador y vice, la que fue planteada originalmente como una coyuntura política.

Ello impidió realizar un adecuado trabajo preconstituyente por parte de la Legislatura, y posteriormente limitó el tiempo y el procedimiento utilizado por la Convención para el tratamiento de la reforma.

Sin embargo, las divergencias planteadas en esta materia fueron posiciones circunstanciales, mas por ello mismo, tal temperamento quedó limitado a esa cuestión, y no fue obstáculo para que se encontraran coincidencias en los demás asuntos tratados.

En el plenario de la Convención Constituyente se adujo en favor de la reelección, la brevedad e insuficiencia del mandato por un período de cuatro años, por lo que debía ser el pueblo soberano quien decidiera sobre la continuidad de la gestión del gobernador y vice (*Diario de Sesiones*, nro. 8, p. 595).

Entonces, nada se expresó sobre los inconvenientes que podrían producir ocho años de ejercicio en caso de reelección, ya que la permanencia durante tanto tiempo al frente de tan importantes funciones produce necesariamente un desgaste físico y psíquico, que disminuye la capacidad de iniciativa y creatividad, y prolonga indebidamente la periodicidad de las más importantes funciones gubernamentales.

La continuidad en el ejercicio de la función produce indefectiblemente una mayor concentración del poder y simultáneamente un deterioro y debilitamiento de todos los sistemas de control.

No porque sí, la periodicidad de las funciones es uno de los principios esenciales del sistema representativo y republicano de gobierno. Dicho principio, además de limitar en el tiempo el ejercicio de las funciones, actúa como una advertencia, ya que la norma está implicando la sustitución de los funcionarios por otros que podrán controlar las actividades desarrolladas por quienes ya no ejercen los atributos del poder.

En cualquier caso, el tema es opinable y en definitiva el art. 101, Constitución de 1923, quedó sustituido por el art. 136, que prevé la reelección o la sucesión recíproca de gobernador y vicegobernador por sólo un nuevo período (concuera con: Jujuy, art. 127; La Rioja, art. 117; San Juan, art. 175; Santiago del Estero, art. 123).

El cap. II, que trata de la elección de gobernador y vice, ha introducido sólo algunas modificaciones formales (concuera con: Jujuy, art. 126; La Rioja, art. 118; Santiago del Estero, arts. 130 y 131).

La forma de elección de gobernador y vice está contemplada por el art. 140 y es el mismo texto que tenía el art. 103.

El art. 141 ha dejado a cargo de la Legislatura el juzgamiento de la elección y la decisión de la misma en caso de empate, suprimiéndose la atribución que le confería al Superior Tribunal de Justicia, para que ejerciera dichas funciones, cuando no se pronunciara dentro del plazo de cinco días.

La fórmula del juramento fue coincidentemente considerada anacrónica, porque no respetaba la libertad de conciencia; pero no hubo acuerdo en las propuestas que se presentaron para su sustitución.

Se quería proteger la libertad de conciencia y el respeto a la profesión de fe de quienes debían prestar el juramento, surgiendo como fórmula de transacción, la que expresa el art. 142, que consta de dos partes. Una, está implícita y es la fe, la convicción religiosa de quien debe prestar el juramento; y la otra, es el compromiso de sostener y cumplir las constituciones de la provincia y la Nación, y defender los derechos y ejecutar las leyes, respetando al mismo tiempo a las autoridades (concuera con: Jujuy, art. 129; La Rioja, art. 118; San Juan, art. 178; Santiago del Estero, art. 128).

El art. 143, establece que el gobernador y el vice asumen sus cargos el día que comiencen sus mandatos, considerándose los dimitentes en caso contrario, salvo caso de fuerza mayor debidamente acreditado a juicio de la Legislatura. En este último caso corresponde abrir la línea sucesoria con carácter provisional.

El art. 143 remite a los arts. 134 y 135, donde se tratan los casos de destitución, dimisión, ausencia, suspensión y otro impedimento del gobernador, en cuyos casos las funciones pasan a cargo del vicegobernador. En los tres primeros casos, u otra causal de impedimento permanente, las funciones son ejercidas por el resto del período; en los demás, hasta que cese el impedimento.

2. Atribuciones

Las reformas introducidas con relación a las atribuciones del gobernador previstas por el art. 144 han tenido mayor relevancia que las que se han señalado anteriormente (concuera con: Jujuy, art. 137; La Rioja, art. 123; San Juan, art. 189; Santiago del Estero, art. 141).

El inc. 1º lo define como jefe del Estado provincial, por lo que, a pesar de la preeminencia que en nuestro país tiene el Ejecutivo, dicha norma resulta contraria al equilibrio que debe existir entre órganos del Estado, cuyo funcionamiento se ha sustentado en la teoría de la división y equilibrio de poderes. Distinto es señalar que es quien representa a la persona jurídica pública estatal.

Se dice bien que tiene a su cargo la administración, pero ello no implica desconocer que esta función también forma parte residualmente de las actividades del Legislativo y del órgano jurisdiccional.

El mismo inciso agrega que formula y dirige políticas. Esta nueva competencia que se le atribuye se ajusta más a la realidad, ya que ha sido el órgano ori-

ginario del poder del Estado y hoy se le reconoce su preeminencia y ser el principal impulsor de la gestión gubernamental.

La preeminencia del Ejecutivo no sólo deriva de los antecedentes históricos (el poder que concentraban los virreyes, las propuestas de Alberdi en sus Bases "dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádsele por medio de una Constitución", etc.), sino que posteriormente las sucesivas quiebras del orden constitucional, al mismo tiempo que impidieron el funcionamiento de los cuerpos legislativos, acrecentaron en los hechos los poderes del Ejecutivo.

Estos antecedentes no solamente se mantienen en la práctica constitucional y al margen del sistema normativo, sino que aun sus facultades se extienden en forma permanente debido a la falta de control.

Como se conoce, todo órgano tiene la tendencia a expandirse y lo hace hasta donde encuentra límites, límites que no se imponen debido a la distorsión del sistema de división y equilibrio de poderes, que es uno de los grandes déficit del sistema argentino.

El inc. 2º, en forma similar al texto que regía hasta la reforma de 1987, le otorga participación en la formación de las leyes, pero suprime la expresión "las sanciona". Esa actividad es propia del órgano legislativo, correspondiéndole al ejecutivo la promulgación y publicación.

El mismo inciso le atribuye la facultad para expedir decretos, instrucciones o reglamentos para su ejecución, sin alterar su espíritu.

La norma es genérica puesto que no especifican los distintos decretos que puede dictar el órgano ejecutivo. Tan sólo la última expresión alude implícitamente a los decretos reglamentarios, y es a este tipo al que le comprende la prohibición de alterar el espíritu de las leyes, por cuanto es el único instrumento que tiene un carácter sublegal.

Sin violentar esta disposición, el Poder Legislativo puede, tal como lo aceptó la jurisprudencia de la Corte Suprema, dejar espacios en el texto de la ley para su reglamentación posterior, toda vez que la ley establece los principios y disposiciones generales que deben ser complementados por los decretos reglamentarios.

Sin embargo, la reglamentación no puede modificar, agregar o quitar nada de los contenidos esenciales de la norma sustancial que excedan el marco de la disposición legal, pero sí añadir condiciones o requisitos que se ajusten al espíritu de la ley.

La facultad reglamentaria no nace de la habilitación que habitualmente establecen las leyes cuando disponen que "la presente ley será reglamentada por el Poder Ejecutivo".

Se trata de una facultad propia que surge en forma directa del inc. 2º del art. 144 y que el Poder Legislativo no podrá limitar en forma alguna.

Constituye, por lo tanto, una atribución exclusiva del Poder Ejecutivo que le ha sido conferida por determinación directa de la Constitución provincial, por lo cual no puede ser ejercida por ningún otro órgano.

No obstante ello, el Tribunal Superior de Justicia se ha arrogado por sí ante sí esta facultad, que no le ha sido atribuida por ninguna disposición constitucional, por lo que tal determinación importa una ostensible violación de su texto.

Los decretos autónomos, en cambio, son aquellos que dicta el ejecutivo cuando ejecuta en forma directa e inmediata, entre otras, las atribuciones constitucionales. Se trata del ejercicio de las atribuciones que le confieren los siguientes incisos: inc. 8º, indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción provincial; inc. 9º, designa, previo acuerdo de la legislatura, a los miembros del Tribunal Superior de Justicia y demás tribunales inferiores y a los miembros del Ministerio Público; inc. 10, nombra y remueve por sí solo a los ministros, funcionarios y agentes de la Administración; inc. 18, organiza la Administración Pública, etc. En la mayoría de estos casos, los decretos no se encuentran mediatizados por la ley, y entre uno y otro plano jurídico no hay interposición alguna, ya que estas materias no se encuentran reguladas por ley.

Los reglamentos delegados tienen en la doctrina y jurisprudencia diversos significados y alcances, pero en esta provincia de Córdoba no puede dejarse de aplicar el claro y expreso mandato constitucional que rige sobre el particular.

Como principio general debe sostenerse que por imposición del art. 13, Constitución, el Poder Legislativo no puede delegar en el Ejecutivo el ejercicio de atribuciones que le son propias.

Los decretos de necesidad y urgencia son de otra especie. Se trata de instrumentos que fueron elaborados por la doctrina y jurisprudencia, y hacen referencia al tratamiento de materias legislativas, que en caso de emergencias incuestionables, son abordadas por el Ejecutivo. En tales casos, y por cierto después de su sanción, deben ser remitidos al Poder Legislativo para su tratamiento y podrán ser aprobados y convertidos en ley, o derogados.

La reforma de la Constitución Nacional del año 1994 incorporó dentro de las facultades del Poder Ejecutivo nacional, el dictado de decretos por razones de necesidad y urgencia, los que deben ser decididos en acuerdo general de ministros y refrendados juntamente con el jefe de gabinete. Dichos instrumentos deben ser sometidos dentro de diez días a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

Tales decretos no son tratados ni se sigue el procedimiento previsto al respecto por la Constitución de la Nación.

Las urgencias incuestionables deben estar fundamentadas en impostergables cuestiones que no pudieron ser previstas oportunamente.

Ello se impone así, por cuanto los decretos denominados de necesidad y urgencia tienen carácter de excepción, ya que la regla es la que sienta la 1ª parte del inc. 3º del art. 99 que dispone que el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Lo señalado precedentemente es con relación al Ejecutivo Nacional, ya que en el ámbito provincial estos

mitidos por norma alguna de la Constitución provincial, sino que el art. 13 prohíbe en forma expresa toda delegación que no estuviera prevista en la misma Constitución.

Antes de la reforma de la Constitución de la provincia, la doctrina y jurisprudencia habían aceptado la posibilidad de su existencia, pero después de la sanción del citado art. 13, tal posibilidad resulta absolutamente imposible.

A pesar del claro y expreso mandato constitucional, el Tribunal Superior de Justicia, en diversos fallos, ha reconocido sin embargo la posibilidad de la delegación legislativa.

Para ello ha recurrido a diversos y ambiguos argumentos, aunque ha omitido, por cierto, toda referencia al art. 13, Constitución provincial.

Así, ha señalado que existen nuevas técnicas de delegación y que las constituciones provinciales no delimitan expresamente el ámbito de actuación de la potestad reglamentaria del Ejecutivo.

También se ha sostenido que desde el punto de vista jurídico puede el legislador facultar al Ejecutivo a integrar el contenido de la norma legal, atento a la excesiva generalidad o elasticidad que ella puede tener. Esto se llama, indica, delegación o deslegalización.

Agregan los fundamentos de los fallos del máximo tribunal de la provincia que el Ejecutivo recobra su libertad, sea a través del reglamento autónomo independiente de la ley o a través de la delegación implícita o expresa de la ley.

La admisibilidad de todas estas concepciones adquiere sustento, según las citadas resoluciones, en la doctrina española, en el Tribunal Constitucional Alemán, o en las propias citas del fallo dictado por el citado tribunal, pero como se mencionó anteriormente, ninguna consideración se hizo acerca de la conclusiva prohibición establecida en forma categórica por el art. 13, Constitución provincial.

A esa disposición debe estarse por sobre cualquier intento de ampliar la competencia del Poder Ejecutivo, la que se encuentra limitada por la norma constitucional antes señalada.

El inc. 3º presenta dos novedades de importancia con relación a la facultad colegislativa. En las Leyes de Presupuesto y de Ministerios el Ejecutivo tiene la iniciativa en forma exclusiva.

Respecto del presupuesto, existen importantes razones que fundamentan tal determinación. Es el órgano Ejecutivo quien dispone de aproximadamente el noventa por ciento del presupuesto general, y cuenta además con toda una estructura técnico-administrativa que le sirve de apoyo para planificar, decidir y controlar internamente las inversiones.

En consecuencia, es en ese órgano donde se encuentran las mejores informaciones y antecedentes para preparar con mayor justeza el proyecto de presupuesto. En esa misma órbita, además, funcionan las dependencias que tienen a su cargo la ejecución del presupuesto. Reparticiones como hacienda, obras y servicios públicos, salud pública, educación, etc., son las que desarrollan acti-

vidades permanentes y continuas que requieren de una adecuada previsión de los gastos y del cálculo de los recursos, para afrontar las erogaciones previstas.

Adviértase que la iniciativa no es sólo de la Ley General de Presupuesto, sino de las leyes de presupuesto, por lo que tanto comprende a la Ley General, como a los distintos anexos presupuestarios correspondientes a las entidades que se encuentran organizadas como entidades autárquicas. Queda, por cierto, excluido el presupuesto del órgano legislativo, que debe ser preparado y sancionado por ese mismo cuerpo, aunque éste se incorpore al presupuesto general.

Ello, sin embargo, no autoriza al ejecutivo a arrogarse la iniciativa exclusiva de todo proyecto de ley que lleve imputación presupuestaria o que, juntamente con la propuesta legislativa principal, promueva al mismo tiempo la creación o modificación de algunas partidas presupuestarias.

La incorporación de los aspectos presupuestarios anteriormente señalados no lo convierten al proyecto de ley en una de las iniciativas exclusivas del gobernador, ya que, de ser así, la facultad de iniciativa de los miembros del órgano legislativo quedaría reducida a proyectos de escasa consideración. Asimismo, tampoco podrían promover por sí mismos la mayoría de las atribuciones que les confiere el art. 104 de la Constitución, tales como la Ley de Expropiaciones, Ley General de Jubilaciones y Retiros, la ejecución de obras públicas, por cuanto todas ellas necesitan contar con los recursos necesarios para atender a los gastos que dichos proyectos requieren.

El contenido de la Ley de presupuesto se encuentra especificado en la misma Constitución. Es el art. 70 el que establece que el presupuesto provincial prevé los recursos pertinentes, autoriza las inversiones y gastos, fija el número de los agentes públicos, explicita los objetivos que deben ser cuantificados cuando la naturaleza de ellos lo permita.

Todos los contenidos que surgen del art. 70 o sus modificaciones parciales son las materias de los proyectos de ley sobre las que el Ejecutivo tiene la iniciativa exclusiva. No las tiene en cambio sobre cualquier otro proyecto que requiera la previsión de recursos o la modificación de las partidas del presupuesto, para afrontar los gastos que demande el cumplimiento de la ejecución de la ley respectiva.

Salvo en los aspectos anteriormente señalados, el tratamiento del Proyecto de Presupuesto queda sometido al procedimiento de formación y sanción de las leyes establecido en el cap. III, "Formación y sanción de las leyes".

La modificación introducida con relación a la organización de los ministerios importa sin duda un gran avance. Mientras que en la Constitución de 1923 se limitaba a tres el número de ministros, el actual art. 144, inc. 10, dispone que nombra y remueve por sí solo a los ministros, sin mencionar el número y ramo de éstos. La ley, cuya iniciativa le compete en forma exclusiva al Poder Ejecutivo como más arriba se dijo, es la que determina el número y la competencia de cada uno de los ministros.

De todas formas, la reforma hizo un importante avance en esta cuestión.

La facultad que tenía el Poder Ejecutivo para proponer el trámite de urgencia, para la sanción de determinadas leyes, quedó derogado juntamente con el trámite de urgencia respectivo, al transformarse la legislatura en unicameral.

El inc. 4° se refiere a los tratados y acuerdos que puede celebrar la provincia con el Estado federal, las provincias, los municipios y demás entes públicos, los que deben ser aprobados por la Legislatura. Cuando los tratados tengan por fin la administración de justicia, intereses económicos y trabajos de utilidad común, deberán ponerlos en conocimiento del Congreso federal, tal como lo establece el art. 125.

En el seno de la Convención Constituyente se planteó la necesidad de sustraer de la aprobación de la Legislatura aquellos convenios de carácter técnico, científico o cultural, que no implicaran costos o erogaciones para el presupuesto provincial. Al referirse a tal cuestión, el miembro informante de la Comisión de la Convención Constituyente expresó que la comisión había entendido que "cuando los convenios sean realizados con otros entes provinciales, no requieren la aprobación de la Legislatura; correlativamente, cuando se trata de convenios con entes, más allá del ámbito provincial, o incluso con otros órganos extranacionales, debería intervenir la Legislatura" (*Diario de Sesiones*, nro. 8, p. 737).

La distinción que se pretendió realizar contradice el texto expreso de la norma, puesto que el inciso que se analiza establece que los contratos con el Estado federal, que corresponden a las instituciones que se encuentran "más allá del ámbito provincial", deben ser aprobados por la Legislatura, al igual que los contratos que se celebran con los municipios, que puede comprender a la categoría "otros entes provinciales".

Unos y otros, según el texto constitucional, requieren la aprobación de la Legislatura.

La disposición que se está analizando también prevé la posibilidad de celebrar convenios con otras naciones y entes públicos o privados extranjeros y organizaciones internacionales. Por cierto que dichos convenios no pueden afectar la política exterior a cargo del gobierno federal, como expresa el último párrafo del inciso, pero por ello mismo los referidos acuerdos quedan subordinados a las modificaciones que pudieran producirse en las relaciones del Estado argentino con otros Estados.

El inc. 5° atribuye al Ejecutivo el derecho de veto e incorpora expresamente la promulgación parcial.

El veto puede ser total o parcial, según que la objeción recaiga sobre todo el proyecto o que se trate sólo de la observación de una parte de él.

El art. 109 dispone que todo proyecto sancionado y no vetado dentro del término de diez días hábiles de recibida la comunicación por el Poder Ejecutivo queda convertido en ley.

La promulgación puede ser expresa, cuando se dicta el decreto que dispone que se tenga por ley de la provincia, o tácito, cuando el proyecto no es devuelto con sus observaciones dentro del término de diez días hábiles.

La promulgación parcial, también prevista por el inc. 5º, debe efectuarse en concordancia con la última parte del art. 109, que condiciona dicha promulgación parcial a que la parte no vetada tuviera autonomía normativa y no afectara la unidad del proyecto y previa decisión favorable de la Legislatura.

La promulgación parcial no significa que deba obviarse el procedimiento previsto en la 1ª parte del art. 109, ya que el proyecto debe volver con sus objeciones a la Legislatura, para que se discutan nuevamente las disposiciones observadas.

Del cumplimiento de las disposiciones mencionadas puede resultar que el contenido de una ley promulgada parcialmente y publicada fuera posteriormente promulgada en forma integral debido al rechazo legislativo del veto. Se trataría de dos leyes con contenidos similares, una promulgada parcialmente y otra en forma integral con el texto originariamente sancionado por el Poder Legislativo.

El inc. 6º prevé la facultad del Ejecutivo para prorrogar las sesiones ordinarias de la Legislatura y a convocarlas a extraordinarias, según los casos previstos por los arts. 96 y 97. La Constitución de 1923 limitaba en estos casos la competencia de éstas, al tratamiento de los asuntos para los cuales fueron prorrogadas o convocadas. La última reforma solamente limita la competencia, en caso de extraordinarias, donde únicamente puede tratar los asuntos de la convocatoria a extraordinarias.

El inc. 7º mantiene el tradicional acto por el que el gobernador realiza la apertura de las sesiones ordinarias, dando un mensaje a la asamblea sobre el estado de la provincia, e incorpora la posibilidad de informar sobre algún tema en particular cuando lo estime conveniente.

De esta forma no solamente quedan autorizados los ministros a concurrir a las sesiones, sino que también puede hacerlo el gobernador.

La Constitución de 1923 autorizaba al titular del Ejecutivo para dictar indultos o conmutar penas impuestas por delitos políticos y decretar amnistías generales en caso de receso de las cámaras.

El inc. 8º del actual régimen lo faculta para indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción provincial, después de la sentencia firme y previo informe del tribunal. La misma disposición suprime la facultad que tenía para dictar amnistías generales. Se excluyen de tales beneficios a los funcionarios designados por el gobernador, respecto de los delitos cometidos contra la Administración Pública.

Como lo expresó el miembro informante de la Comisión de la Convención Constituyente, Dr. De la Rúa, el nuevo texto dirime la discusión acerca de si el indulto podría ser dispuesto también a favor de los procesados, al establecer que sólo podrán dictarse después de la sentencia firme (*Diario de Sesiones*, nro. 8, p. 738).

El inc. 9º ha sustituido la propuesta de la terna que se requería para el nombramiento de los magistrados y facultades.

acuerdo del Senado, a los miembros del Tribunal Superior de Justicia, tribunales inferiores y a los miembros del Ministerio Público.

En la faz normativa el procedimiento anterior resultaba más adecuado. La disposición procuraba que la elección se realizara entre los tres mejores candidatos para el cargo, pero la distorsión práctica del sistema determinó la sustitución de este nuevo procedimiento. Se ha agregado la prohibición para designar como miembros del Poder Judicial al gobernador, al vicegobernador y a los ministros, hasta seis meses después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones.

Durante el mandato del gobernador De la Sota, se creó por ley el Consejo de la Magistratura, organismo integrado por miembros del Poder Ejecutivo, Legislativo, representantes de los abogados, academias, universidades, etc., que tiene por misión seleccionar a los candidatos al Poder Judicial. Dicha selección se lleva a cabo mediante un procedimiento de antecedentes y oposición, sobre la base de la cual se formula el orden de méritos.

El gobernador declaró que había renunciado a la facultad de designar por sí mismo y que respetaría el orden de méritos elaborado por el Consejo.

En realidad, no se puede renunciar a la denominada facultad, puesto que no se trata de un derecho, sino de una atribución legal de cumplimiento obligatorio.

No obstante ello, la sujeción al orden de mérito del Consejo de la Magistratura no importa violación alguna de la Constitución, toda vez que siempre son designados por el órgano competente para hacerlo, previo acuerdo de la Legislatura, cumpliéndose de esta forma el imperativo constitucional.

El inc. 10 se refiere a la atribución para designar y remover a los ministros y demás funcionarios y agentes de la administración, cuyo nombramiento no esté acordado a otra autoridad. Ésta es una de las facultades que puede ser delegada, puesto que así ha sido expresamente previsto por la norma en cuestión, por lo que tal determinación ha quedado también salvada de la prohibición contenida por el art. 13.

Como lo expresa la última parte de la citada disposición, la delegación debe ser efectuada de conformidad con lo dispuesto por la Constitución y las leyes.

Distinto es el caso de la delegación de competencia que puede realizar la provincia hacia los municipios, porque aquí se trata de la delegación del Estado provincial hacia otro Estado que tiene autonomía y es independiente de otro poder en el ejercicio de sus funciones. Por ello se requiere no solamente la ley de la Legislatura, sino también el acuerdo de los municipios (arts. 185, última parte; 104, inc. 11, y 180, última parte).

El inc. 11 dispone la obligatoriedad de presentar ante la Cámara de Diputados el proyecto de Ley de Presupuesto junto con el Plan de Recursos, con una antelación no menor de cuarenta y cinco días del vencimiento del período ordinario de sesiones (art. 104, inc. 29).

El inc. 12 mantiene el envío a la Legislatura de las cuentas de inversión fenecidas, lo que tiene que cumplimentarse en el segundo mes de las sesiones ordinarias.

El inc. 13 alude a la atribución del Ejecutivo para hacer recaudar los impuestos y rentas e impone la obligación de enviar a la Legislatura y publicar trimestralmente el estado de ejecución del presupuesto y de la tesorería.

Esta imposición concuerda con el art. 15, que dispone que los actos del Estado son públicos, en especial los que se relacionan con la renta y los bienes pertenecientes al Estado provincial y determina que es la ley la que debe determinar el modo y la oportunidad de su publicación y el acceso de los particulares a su conocimiento.

La disposición normativa es terminante y concuerda con el principio republicano de gobierno, uno de cuyos postulados es precisamente la publicidad de los actos de gobierno.

Si la Legislatura no sancionara la ley respectiva, ello no podrá ser un impedimento para la aplicación del principio constitucional y el juez interviniente deberá arbitrar los medios necesarios para hacer cumplir el precepto constitucional.

Respecto de la percepción de las rentas, se ha dejado sin efecto, por haber sido omitido en el nuevo texto reformado, el principio de *solve et repete*, que imponía el inc. 7º, Constitución de 1923, y que obligaba a los contribuyentes a acreditar el pago para ocurrir a los tribunales.

Puede el Poder Ejecutivo promover regímenes de estímulo a las actividades productivas, como indica el inc. 14, pero tal atribución sólo lo autoriza para proponer los proyectos de ley correspondientes, puesto que el art. 104, inc. 15, faculta a la Legislatura a "establecer regímenes de estímulo a la radicación de nuevas actividades productivas".

Los incs. 15 y 16 le otorgan atribuciones para adoptar las medidas necesarias para conservar la paz y el orden público y lo designan como autoridad máxima de las fuerzas de seguridad, pero le imponen también el deber de prestar el auxilio de la fuerza pública a los tribunales de justicia, al Ministerio Público, a los presidentes de las cámaras legislativas, a las municipalidades y demás autoridades conforme a la ley.

El inc. 17 pone a su cargo la policía del trabajo.

Los incs. 18 y 19, que se analizan junto con la Administración Pública, le otorgan facultades para organizarla, de conformidad con las pautas que se mencionan en el art. 174.

3. Ministros

Las reformas introducidas en esta materia han liberado las rígidas disposiciones que impidieron la adaptación de las normas a las necesidades que requerían una organización más dinámica.

Ya se señaló que el gobernador tiene la iniciativa exclusiva para proponer la Ley de Ministerios y es ésta la que debe determinar el número y los ramos que cada uno atenderá.

Son designados y removidos por el gobernador y pueden ser destituidos por juicio político. Esta decisión puede comprender, según el art. 122, la inhabilitación para ocupar otro empleo en la provincia, lo que importa una sanción, cuyo ejercicio constituye una competencia propia de la función jurisdiccional del Poder Judicial.

Los ministros tienen las mismas inmunidades que los diputados y se les exige para su designación idénticas condiciones, salvo la edad, que se ha fijado en veinticinco años (art. 145).

Al igual que el gobernador, el sueldo sólo podrá ser alterado cuando se dispusiera una modificación con carácter general.

4. Competencia

Los ministros refrendan y legalizan con su firma los actos del gobernador, sin cuyo requisito carecen de validez. Por el refrendo se da fe de que la firma y el acto pertenecen al gobernador de la provincia y la legalización está referida al cumplimiento de las condiciones impuestas por la Constitución, que exige la concurrencia coincidente de más de dos voluntades para la validez del acto.

El o los ministros que suscriben el acto juntamente con el gobernador se hacen solidariamente responsables. Hay, sin duda, una responsabilidad política y otra jurídica. La primera es ante el propio gobernador, quien puede por sí y ante sí removerlo de su cargo sin expresión de causa. Esta responsabilidad política también la tiene ante la Legislatura, en cuanto ésta puede promover el juicio político. La jurídica abre la posibilidad de una responsabilidad penal y civil.

La Ley de Ministerios establece los asuntos que pueden resolver por sí solos, y las materias administrativas que por delegación del gobernador pueden ejercer, las que deben ser expresamente autorizadas por ley (art. 147).

Deben asistir a las sesiones de las cámaras cuando son llamados para dar explicación o informes y pueden concurrir espontáneamente cuando lo estimen conveniente.

Asimismo, tienen que presentar ante la Legislatura, dentro del primer mes del período legislativo, una memoria detallada del estado de la administración de sus respectivos departamentos (art. 148).

Los ministros tienen igual rango y jerarquía, pero nada impide que como expresión técnica de la organización, uno de ellos sea el coordinador o se le atribuyan facultades decisorias dentro del gabinete.

Por cierto que ello no puede modificar la jefatura que tiene el gobernador de la provincia, ni menoscabar la competencia que la Constitución le asigna en forma expresa.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el art. 127, inc. 2º, establece que en caso de observación de un acto administrativo por parte del Tribunal de Cuentas, éstos pueden cumplirse cuando insistiera el Poder Ejecutivo en acuerdo de ministros.

En consecuencia, los actos de los ministros son colegiados, cuando uno de ellos actúa en forma conjunta con el gobernador, o en los casos en que se requiera el acuerdo de todos los ministros.

5. Órganos de control

a) Fiscal de Estado

Se ha otorgado jerarquía constitucional al Fiscal de Estado y a la Contaduría General de la provincia.

El Fiscal de Estado ya no podrá ser el asesor del Ejecutivo, sino quien lo controla. El art. 150 le atribuye el control de la legalidad administrativa del Estado y la defensa del patrimonio de la provincia.

Tal disposición implica el resguardo de la legalidad objetiva. Por legalidad objetiva debe entenderse la adecuación de todas las actividades del Estado y de la Administración a las disposiciones constitucionales y legales.

Tal proceder encuentra su fundamento en el Estado de Derecho, dentro de cuyo ámbito debe desenvolverse la organización estadual y administrativa, y el encargado de controlar esa actividad es el Fiscal de Estado. No es necesario que alguien reclame por un derecho subjetivo o por un interés legítimo, porque se trata del acatamiento a la ley por la ley misma.

El Estado de Derecho exige la autolimitación de las autoridades y subordina su actuación a la ley, de donde se deriva la necesidad de controlar la legalidad objetiva anteriormente señalada. Este control objetivo surge de la confrontación del estándar o cartabón jurídico constituido por los principios y disposiciones de la Constitución de la Nación, de la provincia y de las leyes dictadas en su consecuencia, con los decretos y resoluciones emanados del Poder Ejecutivo.

Para ello no es necesario que haya reclamo, constitución de parte o denuncia. Se trata de la supremacía del Estado de Derecho, de la Constitución, de la legalidad objetiva, de todo lo cual el Fiscal de Estado es su principal custodio.

Resulta también una distorsión del ordenamiento constitucional, el marco de legalidad que se impuso al sistema. La ley respectiva le atribuye a la Fiscalía de Estado, juntamente con el control de la legalidad administrativa del Estado, el asesoramiento al gobernador y a los ministros, actividades éstas que resultan contradictorias, tal como oportunamente se puso de manifiesto mediante el dictamen correspondiente.

No obstante ello, se siguió hasta el presente con el sistema legal vigente, que importa un verdadero contrasentido con el orden constitucional de la provincia.

Dicho funcionario es designado y removido por el gobernador, lo que también distorsiona el sistema, que no queda reparado con la posibilidad de someterlo a juicio político.

b) Contaduría General de la provincia

La incorporación de la Contaduría General de la provincia a la Constitución no necesariamente importa un mayor control sobre la administración.

Las funciones que se le han atribuido son similares a las que ya establecía la Ley de Contabilidad.

El art. 151 de la Constitución dispone el registro y control interno de la gestión económica, financiera y patrimonial de la actividad administrativa del Estado.

De acuerdo con ello, el control no se ejerce solamente en el ámbito del órgano Ejecutivo, sino sobre la actividad administrativa, donde quiera que ésta se desarrolle.

La 2ª parte del artículo le asigna el control preventivo de todos los libramientos de pago, sin cuya intervención no pueden cumplirse.

Este control preventivo había sido asignado por la Constitución del año 1923 al Tribunal de Cuentas, el que ahora es también ejercido dentro de la administración interna por la Contaduría General.

Si se tiene en cuenta que las actividades de control anteriormente referidas son controles que se ejercen dentro del ámbito de la administración central, y que a cargo de la misma está un funcionario designado y removido por el Poder Ejecutivo, se podrá advertir que el sistema se ha resquebrajado.

Ya se ha señalado que el Fiscal de Estado, como así también el contador público titular de la Contaduría General, son funcionarios que controlan la actividad administrativa del Estado y no sólo del ejecutivo, por lo que más que responder a la confianza política de éste, deben acreditar idoneidad y garantizar objetividad en el cumplimiento de sus funciones, por lo que debería tener participación en su designación el órgano Legislativo.

6. Administración Pública

La Administración Pública está tratada en la secc. IV, bajo la denominación "Administración Pública provincial y municipal", aunque, en forma dispersa dentro de la misma Constitución, existan numerosas disposiciones que se relacionan directamente con la misma.

III. DELEGACIÓN

Así en el Tít. I, secc. I, art. 13, se prohíbe a los funcionarios públicos delegar sus funciones, salvo en los casos previstos por la Constitución.

La prohibición es tajante e involucra a todo magistrado o funcionario público y a los poderes del Estado y declara que es insanablemente nulo lo que cualquiera de ellos obrase en consecuencia.

Sólo se permiten, como se señaló, las delegaciones autorizadas por la Constitución provincial, y éstas son las que en materia administrativa puede el gobernador de la provincia delegar a sus ministros con arreglo a la ley (art. 147).

La otra delegación es la que también por ley puede realizar la provincia con el acuerdo de las municipalidades. Ello resulta así por la expresa determinación del art. 185 de la Constitución, y el art. 180 del mismo texto legal, que establece que los municipios son independientes de todo otro poder en el ejercicio de sus funciones.

Esta delegación debe efectuarse en materias de competencia municipal, pero en las zonas no sujetas a su jurisdicción territorial.

IV. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS

El art. 14 establece la responsabilidad civil, penal, administrativa y política de los funcionarios públicos. Asimismo, también el Estado asume la responsabilidad por los daños que causen los hechos y actos producidos por todos sus funcionarios y agentes.

Esta disposición contradice la división de competencia entre el Estado federal y las provincias y es un avance sobre las atribuciones conferidas al Estado federal. Es el Congreso Nacional el que por imperio del art. 75, inc. 12, tiene a su cargo la sanción del Código Civil, que es el cuerpo normativo que contiene todo el régimen relativo a las obligaciones y la responsabilidad por los daños, de las personas individuales, los funcionarios y las personas jurídicas y entre ellas el propio Estado (arts. 699 y ss. y 1112, CCiv.).

No hay duda de que es propia del sistema republicano la responsabilidad de los funcionarios públicos y que ese principio vigente en la Constitución de la Nación a través del art. 5° rige también en el ámbito provincial, por cuanto sus respectivas constituciones deben respetar las declaraciones, derechos y garantías contenidos en aquella norma suprema.

Ello no puede, sin embargo, contradecir el régimen de reparto entre la Nación y las provincias. Es aquélla la que tiene asignada la legislación relativa a la responsabilidad civil y penal, mientras que las provincias conservan las atribuciones respecto de la responsabilidad administrativa y política.

V. PUBLICIDAD DE LOS ACTOS

El art. 15 se refiere a la publicidad de los actos del Estado y en especial a los que se relacionen con las rentas y bienes pertenecientes a la provincia y al municipio, debiendo la ley determinar la oportunidad de su publicación y el acceso de los particulares a su conocimiento.

La ausencia de la ley reglamentaria no podrá ser óbice para que se autorice el acceso de los particulares al conocimiento de los actos del Estado y a las rentas y bienes a él pertenecientes, ya que también tal información es una deriva del principio de la publicidad de los actos de gobierno que impone al

No satisfacen el requisito de la publicidad de los actos de gobierno la publicación parcial de las leyes y en especial cuando su texto remite a anexos que no se publican. Generalmente estos anexos son los que determinan los montos de los contratos o condiciones excepcionales que maliciosamente se trata de ocultar.

VI. DERECHO DE PETICIONAR

En la secc. II, cap. I, "De los derechos personales", el art. 19, inc. 9°, ha establecido no sólo el derecho de peticionar ante las autoridades, sino que éste ha sido complementado con el derecho de obtener respuesta.

VII. ECONOMÍA Y FINANZAS

En el cap. IV, el art. 74 establece el sistema de contrataciones, tanto de la provincia como de los municipios. La 1ª parte alude a la enajenación de los bienes y establece que ella se efectúa en los términos que determinen las leyes u ordenanzas.

La 2ª parte se refiere a la contratación mediante el procedimiento de selección. Tales disposiciones importan un verdadero retroceso respecto del sistema establecido por el art. 32, Constitución del año 1923, considerando que la selección para la contratación puede realizarse de muy diferentes formas y procedimientos. A pesar de las distorsiones que puede presentar el procedimiento licitatorio, no hay duda de que es el que ofrece mayores garantías de imparcialidad de la Administración y la igualdad para los interesados.

Se vulnera el proceso de selección cuando, después de ocurrida, y hecho efectivo el contrato de él derivado, se incorpora en la ley o en el mismo contrato, una cláusula que admite su prórroga.

En categórica violación de la disposición constitucional, se omite todo proceso de selección pública al prorrogarse el contrato que ahora es determinado con la intervención de una sola voluntad, la del Poder Ejecutivo.

Asimismo, se trasgreden los principios administrativos que más adelante se expondrán, entre los que cabe mencionar aquí la legalidad, la imparcialidad, la sujeción al orden jurídico y la determinación oficiosa de la verdad.

VIII. SERVICIOS PÚBLICOS

El art. 75, sin definir ni establecer las pautas para determinarlos, establece que originariamente le corresponden a la provincia o a los municipios.

La creación y regulación de los mismos pertenece a una u otra entidad, según la distribución de materias efectuadas por la Constitución.

Entre las clásicas modalidades conocidas para la prestación de los servicios se puede mencionar: por administración, por contrato de obra y concesión

de servicios. Modernamente se ha agregado la posibilidad de la privatización de los servicios, como así también los contratos abiertos, consolidados, provisiones llave en mano, etc. La Constitución establece en el art. 75 que los servicios se pueden prestar directamente, o por medio de cooperativas o sociedades de economía mixta y por particulares. Con ello en forma genérica se abren todas las posibilidades, las que se especificarán de conformidad con lo que disponga la ley de la materia.

Asimismo, se incorpora a los usuarios en el control de la prestación de tales servicios, con las modalidades que establezcan las leyes u ordenanzas respectivamente.

IX. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PROPIAMENTE DICHA

La secc. II de la Constitución provincial, que trata del Poder Ejecutivo, es la parte que más directamente hace referencia a las prescripciones normativas sobre la Administración Pública.

En efecto, el art. 144, inc. 1º, declara que el gobernador de la provincia tiene a su cargo la administración. Se hace referencia a la parte más importante y sustancial del ejercicio de la función administrativa que ejerce el Poder Ejecutivo, aunque se haya reconocido que también esta función es cumplida en forma residual por los otros poderes.

Ya se ha aludido a la facultad para delegar la designación y remoción de funcionarios y agentes de la Administración.

Los incs. 18 y 19 del citado art. 144 le atribuyen también al gobernador facultades para organizar la Administración Pública sobre la base de los principios expuestos en el art. 174.

El último inciso le encomienda al gobernador la dirección de la reforma administrativa, con el propósito de hacer más eficiente y menos onerosa la actuación de ésta. Se trata de un mandato con un claro sentido político.

Atendiendo a dicho mandato, deben promoverse nuevas relaciones institucionales y también sociales, para lo cual es necesario superar la administración burocrática e imponer el desarrollo de una gestión proactiva.

La iniciativa y la creatividad deben ser herramientas fundamentales para responder adecuadamente a las oportunidades, desafíos y amenazas del medio.

Si bien el cambio es una constante en todo proceso social, las características relevantes de las recientes transformaciones operadas en los aspectos económicos, sociales, tecnológicos, políticos y culturales, se presentan como datos imprescindibles para identificar las oportunidades y considerarlos de acuerdo con la fuerza y debilidades de la organización.

Debe advertirse que la capacidad de adaptación a las nuevas necesidades y demandas sociales producidas por los cambios señalados es una de las cuestiones centrales de una organización moderna.

Ello exige un gran esfuerzo y especialmente una buena comunicación, para que el nuevo estado de situación pueda ser internalizado por los actores institucionales.

Ha señalado Eliseo Verón —semiólogo argentino, profesor de la Sorbona— que uno de los errores más comunes es suponer que los cambios se valoran positivamente. Antes que ello, el citado autor afirma que los cambios producen angustia, por lo cual es necesario explicar muy racionalmente las modificaciones que se pretende llevar a cabo.

La comunicación es, por lo tanto, uno de los instrumentos de la innovación para hacer comprender las transformaciones que se proponen tanto en la organización, como en los miembros que la integran.

En tales circunstancias los recursos humanos constituyen elementos fundamentales. Para su mejor desarrollo, podrían incorporarse pautas y herramientas provenientes de la carrera por habilidades, otorgar mayor libertad a los funcionarios en la búsqueda de los resultados y prever remuneraciones más flexibles y centradas en lo individual.

La eficiencia y la participación han sido destacadas por Dean Spitzer —en su trabajo *La supermotivación*— como los elementos más importantes para hacer más eficientes las organizaciones, y sus experiencias indican que las mejores propuestas de cambio fueron formuladas por los propios empleados.

Por otra parte, es generalmente aceptado que la calidad del trabajo realizado depende de la calidad de las ideas compartidas por la organización.

El peor enemigo suele ser la propia Administración y las trabas que ella misma establece.

La consideración de todos los aspectos anteriormente referidos resulta necesaria si verdaderamente se pretende modernizar la función administrativa.

Tales postulados son los que han sido elaborados por la teoría de la organización y desarrollados por quienes se ocuparon del estudio de la gestión privada.

Dichos principios deben y pueden ser adoptados, adaptándolos al ámbito público, ya que no resultan incompatibles con los principios y disposiciones de la Constitución provincial.

Los arts. 174 y 176 no formulan un desarrollo pormenorizado de la gestión administrativa, sino que establecen los objetivos que procura la administración y los principios que deben resguardarse en el procedimiento empleado para tales fines.

En efecto, dichas normas indican que la Administración está orientada a satisfacer las necesidades de la comunidad. Para lograr dichos cometidos, se debe tener en cuenta la eficacia, eficiencia, economicidad y oportunidad, para lo cual, seguidamente, se señalan distintos medios instrumentales que deben armonizarse.

Entre ellos, tiene especificidad normativa la regionalización de la provincia, que debe determinarse por ley, a los fines de facilitar la desconcentración y la más eficiente prestación de los servicios públicos (art. 175).

El procedimiento administrativo aludido ya en el art. 176 debe cumplirse respetando el derecho de los administrados, a cuyo fin debe impulsar y buscar de oficio la verdad, pero debe hacerlo con celeridad, economía y sencillez en el trámite.

La Administración debe autolimitarse, estableciendo plazos para expedirse, sin que ello impida la participación de quienes puedan verse afectados en sus intereses.

Todos estos principios, que se imponen como medios para la mejor satisfacción de las necesidades de la comunidad, tienen que contemplar al mismo tiempo el informalismo a favor de los administrados, para que no queden desnaturalizados sus derechos por las formas que precisamente procuran salvaguardarlos.

La 2ª parte del art. 174 se refiere al concurso público para el ingreso a la Administración. La ley deberá sentar las bases para determinar con criterio objetivo la idoneidad de los candidatos, como asimismo determinar los cargos que por su naturaleza deben ser cubiertos con prescindencia del concurso.

La actuación de la Administración es sublegal, pero además subordinada a los principios y disposiciones de la Constitución de la Nación y de la provincia y es controlada, además, por el Poder Judicial, cuando en causa concreta es requerida su intervención por quien tiene un interés legítimo o un derecho subjetivo.

El art. 178, al establecer el control sobre los actos del Estado, los municipios y demás personas jurídicas, no requiere formalidad ni autorización previa de la Legislatura. Simplemente se exige celeridad, economía a fin de evitar el innecesario desgaste de la jurisdicción, que previamente se haya agotado la vía administrativa. Ello es congruente con lo anteriormente señalado, por cuanto la Administración y los funcionarios que la integran tienen que desarrollar sus funciones atendiendo a un criterio objetivo de justicia.

Por último, el art. 179 prohíbe los embargos preventivos sobre los bienes del Estado provincial o municipal, lo cual no encuentra justificación, ya que el Estado, al igual que los deudores privados, no cumple espontáneamente con sus obligaciones y las postergan por tiempo indeterminado.

La Constitución ha dejado a la ley la determinación del tiempo en que las sentencias deben cumplirse y ello ha dado lugar a la declaración del estado de emergencia, para prolongar en el tiempo el pago y las modalidades con que éste debe hacerse efectivo.

Ello ha dado como resultado que la emergencia se haya transformado en un estado casi habitual, y lo más grave es que tales emergencias no están causadas por fenómenos naturales, catástrofes, guerras o epidemias, sino por las malas o fraudulentas administraciones, no obstante lo cual los responsables nunca han sido denunciados.

X. TRIBUNAL DE CUENTAS

La reforma de la Constitución ha sustituido el extenso artículo nuevo, que fuera incorporado después del art. 175 —Constitución de 1923— por el

cap. VIII, que en dos artículos se refiere a la integración y a las atribuciones del tribunal.

En relación con el primer aspecto, la reforma más importante está referida al nombramiento de sus integrantes.

La designación por el Ejecutivo con acuerdo del Senado fue reemplazada por la elección directa a cargo del pueblo de la provincia.

Ello produjo arduas discusiones en el seno de los partidos políticos que formaban parte de la Convención Constituyente.

Se entendía que no concordaba bien el ejercicio de complejas funciones técnicas de control con la elección de sus integrantes por el pueblo.

No obstante ello, se impuso el criterio de quienes siguieron la posición que habían sustentado los Constituyentes de 1923 para los tribunales de cuentas municipales y establecieron ese mismo procedimiento para el Tribunal de Cuentas provincial.

También la inamovilidad fue reemplazada por una duración periódica de cuatro años, con lo cual se hace coincidir la fecha de elección y el período de duración del mandato de los miembros del Tribunal de Cuentas con la misma fecha y período del gobernador de la provincia.

A ello debe agregarse que el tribunal está integrado por dos miembros por la mayoría y uno por la minoría, con lo cual esa mayoría va a coincidir con el mismo partido político que postuló al titular del Poder Ejecutivo.

Las formas anteriormente señaladas no se condicen con una estructura que pretende ser extrapoder para evitar precisamente su vinculación con los órganos y funcionarios que tiene que controlar.

Debe tenerse en cuenta que el control ha sido uno de los elementos esenciales que dio base y fundamento a la doctrina de división de poderes de Montesquieu.

Ante la falta de vocación del Poder Legislativo para ejercer el control del Ejecutivo es que se creyó conveniente y necesario crear el Tribunal de Cuentas, como órgano independiente de los poderes políticos, a fin de que el control dejara de ser precisamente político y quedara enmarcado dentro de la juridicidad.

Ya se había señalado en la constitucional del año 1923 que hasta entonces la aprobación o desaprobación de la cuenta de inversión de los gastos públicos era de incumbencia del Poder Legislativo y que, en la realidad de los hechos, tan importante como necesaria tarea no se había cumplido.

Estos propósitos, aún hoy presentes, no se cumplen acabadamente y ello se debe a las circunstancias anteriormente señaladas.

En otro orden, el art. 126 de la Constitución deja establecido un Tribunal de Cuentas de tres miembros, pero admitiendo la posibilidad de que por ley se amplíen a siete, debiendo en todos los casos estar integrado por un número impar y otorgarse representación a la minoría.

No obstante que el Tribunal de Cuentas es un órgano extrapoder y que su actividad de control alcanza a todos los poderes del Estado, lo hemos tratado en

este trabajo a continuación del Poder Ejecutivo, por ser quien ejerce en forma preponderante la función administrativa.

Deben ser abogados o contadores públicos, con diez años de ejercicio en la profesión, cinco de residencia en la provincia y treinta años de edad.

1. Atribuciones

Sus atribuciones son similares a las que le asignaba la Constitución de 1923 y su respectiva Ley Orgánica.

Debe aprobar o desaprobar en forma originaria la inversión de los caudales públicos, mientras que el control sobre la recaudación, que era imperativo en la Constitución de 1923, se realizará cuando así lo disponga la ley respectiva (art. 127).

Interviene también preventivamente en todos los actos administrativos que dispongan gastos, en la forma y alcance que establezca la ley, manteniéndose asimismo la facultad de insistencia.

Como se indicó, todo acto susceptible de producir gastos no puede cumplirse sin la previa intervención del Tribunal de Cuentas, quien realiza una intervención preventiva y *a posteriori* del gasto.

El control es contable y también legal. En primer lugar, debe analizarse si el gasto tiene prevista la partida correspondiente en el presupuesto, si en ella existen saldos disponibles, como también si la imputación es la correcta.

Desde el orden legal se controla si el funcionario que dispuso el gasto es el legalmente autorizado para hacerlo y si el procedimiento empleado en la contratación es el previsto por la Constitución y la ley.

En caso de observación, el Poder Ejecutivo puede retirar el acto, esto es, dejarlo sin efecto, modificarlo para adecuarlo a las observaciones del tribunal, o insistir en su dictado en la forma originaria, para lo cual es necesario el acuerdo de ministros, que de esta forma se hacen solidariamente responsables con el gobernador.

En este último caso, el tribunal debe, dentro de los quince días, poner a disposición los antecedentes del caso, quien podrá considerar la posibilidad de iniciar juicio político a los funcionarios actuantes.

Tiene también atribuciones para realizar auditorías externas, en las dependencias administrativas e instituciones donde el Estado tenga intereses. La última parte del inciso, establece la realización de investigaciones a solicitud de la Legislatura, ante la que también informa sobre las cuentas de inversión del presupuesto anterior, en el cuarto mes de las sesiones ordinarias (art. 127, inc. 4°).

El tribunal actúa como órgano requirente en los juicios de cuenta y responsabilidad ante los tribunales (inc. 5°).

CAPÍTULO XV

EL PODER JUDICIAL PROVINCIAL

por RICARDO ALBERTO VERGARA *

I. INTRODUCCIÓN

Ya en 1985¹ escribíamos que el tema de la administración de justicia no resultaba ajeno a la crisis global de las instituciones que atraviesa nuestro país, ello en la medida en que dicho Poder estadual no pudo sustraerse a los acontecimientos políticos que marcaron, desde hace más de medio siglo, la vida argentina. La resultante no es otra que la politización, o sea, dependencia creciente hacia los otros poderes, pauperización, etc.; factores estos que han contribuido a la desvalorización social y política que anida en el sentimiento de la sociedad, esto es, la idea de una justicia cada vez menos justa, aunque siempre imprescindible.

No obstante, desde tiempos inmemoriales se ha destacado la importancia de ese poder del Estado, siendo exaltados sus valores esenciales por el Código de Manú y enaltecidos en la Biblia.

La trascendencia de la función jurisdiccional y su imprescindible existencia se sintetiza en la clara expresión de Ángel Osorio: "De nada sirven la economía más fértil, ni las ciencias más avanzadas, ni las artes más depuradas, ni la más aquilatada cultura, ni las más dilatadas conquistas territoriales, si el hombre no goza de la libertad de su conciencia y de su pensamiento, si no es enteramente dueño de su hogar, si no posee pacíficamente su hacienda, si no encuentra garantías de sus desavenencias y discordias con leyes justas y jueces probos e independientes. El patrimonio principal del hombre es su dignidad y no hay dignidad segura sin justicia que la ampare"².

¹ ZAVALÍA, Clodomiro, "Poder Judicial", en *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 249.

² OSORIO, Ángel, *La justicia*, t. II, Colección de Breviarios de Derecho, Ejea, Buenos Aires, 1961, p. 13.

* Ex Secretario del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Ex Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán. Vocal de la Excm. sala I de la Cámara del Trabajo de la Provincia de Córdoba. Profesor Adjunto de la Cátedra B de Derecho Público Provincial y Municipal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de la Cátedra de Historia del Derecho, Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

II. PODER JUDICIAL Y DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

El art. 5º, CN, establece como imperativo de las provincias argentinas el dictado de sus constituciones bajo el sistema representativo republicano, lo que implica la inclusión dentro de la estructura de poderes (Legislativo y Ejecutivo) del Poder Judicial, enfatizando su existencia necesaria dentro del esquema institucional, al prescribir “y que asegure su administración de justicia”. Este énfasis del dispositivo constitucional es considerado redundante por Clodomiro Zavalía³ al entender que ella está garantizada con la 1ª parte del artículo —sistema republicano— y atribuye la reiteración a que el concepto de división de poderes no era muy nítido en la mente de los constituyentes.

Ameritamos, sin embargo, que la razón de dicha inclusión apunta a reforzar la importancia y trascendencia de la función jurisdiccional dentro del esquema estatal, a asegurar la supremacía constitucional y, finalmente, a afianzar las garantías individuales frente al avance del poder.

De otro costado, en lo que respecta a la jurisdicción y competencia de la justicia provincial, ella emerge de las disposiciones contenidas en los arts. 75, inc. 12, y 116, CN. El dispositivo citado en primer término prescribe que corresponde al Congreso Nacional dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social sin que “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”. Resulta así sencillo, a la luz de dicha norma, determinar la jurisdicción y competencia de los tribunales de uno y otro nivel estadual, tanto más cuanto si el análisis parte del sistema federativo, dentro del cual el poder central circunscribe su esfera de actuación a un número determinado de aspectos establecidos en el art. 75, a lo que debe añadirse el contenido del art. 116, en tanto enumera en forma precisa y acotada las cuestiones que habrán de ser dirimidas por el Poder Judicial de la Nación.

Cabe una última reflexión respecto del art. 5º, CN, en tanto impone a las provincias “asegurar la administración de justicia”. En este sentido, una correcta hermenéutica constitucional lleva a afirmar que dicha manda se agota en sí misma en la medida en que no implica condicionamiento alguno en lo que hace a la organización y estructuración de los poderes judiciales locales, por lo que los poderes constituyentes provinciales gozan de amplia libertad y facultad para instituir el sistema que estimen más conveniente para el ejercicio adecuado de dicha función. Claro ejemplo de ello lo son las diferentes estructuras organizativas adoptadas por las provincias, especialmente en el ciclo constituyente provincial que tuvo su inicio en 1986 y, bueno es ponerlo de resalto, todas con el objetivo de eclipsar la desvalorización social y política existente en torno

³ ZAVALÍA, Clodomiro, *Lecciones de derecho público provincial*, 2ª ed., Buenos Aires, 1937, p. 405.

a la función jurisdiccional y desarraigar del sentimiento de la comunidad la idea de una justicia cada vez menos eficaz.

III. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y LA DIVISIÓN DE PODERES

La Constitución Nacional, conforme lo expuesto precedentemente, asigna al Poder Judicial el carácter de poder estatal, al adoptar la forma republicana de gobierno (art. 1º), respondiendo a la doctrina de la división de poderes y funciones que, desde sus orígenes, trata de armonizar los conceptos de equilibrio y enlace de éstos en una función de cooperación, pero manteniendo siempre su independencia.

De tal modo, la función jurisdiccional que en forma exclusiva y excluyente es atribuida al Poder Judicial en las constituciones Nacional y provinciales, está referida a dos aspectos fundamentales: al de las relaciones puramente privadas, que para los romanos consistía en dar a cada uno lo suyo; y a las relaciones de derecho público, que atañen no sólo a asegurar la convivencia pacífica de los ciudadanos con sanciones a quienes violen las leyes, sino también a afianzar la estructura institucional del Estado y al problema de la libertad frente a la autoridad.

Piero Calamandrei expresa que todas las constituciones democráticas modernas proclaman como garantía esencial de la justicia la independencia de los jueces y de la magistratura. Esta independencia —añade— sólo puede asumir su pleno significado en las democracias que se apoyan en el principio de separación de poderes⁴.

IV. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

La doctrina constitucional es conteste y unánime en señalar como característica esencial que refleja la división de funciones, la no injerencia de los poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo) en la función jurisdiccional. Sin dejar de compartir dicho enfoque, es menester señalar que la problemática que abordamos no se agota en dicho extremo, sino que se proyecta a la actividad del juez en el medio en que se desenvuelve y que, a todo evento, debe estar muñado de garantías suficientes que aseguren su independencia e imparcialidad al momento mismo de emitir su decisión jurisdiccional.

En dicha inteligencia, cabe pues precisar que la problemática de la independencia abarca dos aspectos esenciales y diferenciados: el de la magistratura colectivamente considerada, es decir, en el sentido de neutralidad y equidistancia frente a los otros poderes del Estado (independencia orgánica); y el del magistrado en particular en el ejercicio de su actividad jurisdiccional (inde-

⁴ CALAMANDREI, Piero, *Proceso y democracia*, Colección Breviarios de Derecho, Ejea, Buenos Aires, 1960, p. 87.

pendencia funcional). En tal sentido, los constituyentes provinciales han arbitrado garantías de modo de preservarlas y que serán objeto de análisis a continuación.

1. La independencia orgánica

Como se anticipó más arriba, en esta acepción se debe considerar lo inherente a la estructura orgánica del Poder Judicial y al modo de situarse dentro de la organización del Estado, es decir, su relación y coexistencia con los otros poderes.

No ha sido ajena a la preocupación de los poderes constituyentes provinciales esta problemática, habida cuenta de que las cartas locales contienen normas expresas tendientes a afianzar esa independencia.

En tal sentido, las constituciones han otorgado la exclusividad de la función jurisdiccional a los poderes judiciales de provincias (Córdoba, art. 153; Entre Ríos, art. 165; La Rioja, art. 128; Neuquén, art. 227; San Luis, art. 190; Santiago del Estero, art. 198; Santa Fe, art. 83 y Río Negro, art. 196), enfatizando dicho aspecto con la prohibición a los poderes políticos de ejercer funciones judiciales. Así la Constitución de Chaco prescribe en su art. 152: "En ningún caso y por ningún motivo el Poder Ejecutivo o Legislativo podrán ejercer funciones judiciales, atribuirse el conocimiento de causas pendientes ni restablecer las fenecidas. Actos de esta naturaleza adolecen de insanable nulidad" (en igual sentido: Córdoba, art. 136, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 108; Corrientes, art. 180; Entre Ríos, art. 165; Jujuy, art. 145; La Rioja, art. 128; Mendoza, art. 170; Neuquén, art. 227; San Luis, art. 190; Río Negro, art. 196 y Tierra del Fuego, art. 141).

Desde otro costado, la totalidad de las cartas locales disciernen a los tribunales superiores o cortes, además de las competencias que como órganos jurisdiccionales le son propias, ya en forma originaria o derivadas, una serie de atribuciones que se enmarcan en el concepto de superintendencia (suprema administración de un ramo, según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española) a los efectos de que dichos órganos ejerzan el "gobierno" del Poder Judicial.

Sabido es que en virtud del principio republicano de división de poderes, se asigna a cada uno de ellos una función específica o propia que los caracteriza y los diferencia de los otros. Así, genéricamente consideradas, al Poder Legislativo la de dictar leyes; al Poder Ejecutivo de aplicarlas y ejercer la administración central de la provincia; y al Poder Judicial la actividad jurisdiccional. Sin perjuicio de ello, los constituyentes provinciales les atribuyen a cada uno de ellos funciones cuya finalidad esencial es la de contribuir o posibilitar el ejercicio autónomo de las específicas del poder de que se trate.

Dichas atribuciones conforman las denominadas "funciones impropias" de cada poder, que están otorgadas;

de los demás poderes, de modo de afianzar el sistema republicano en su principio de división de poderes.

De tal modo, esas funciones, en el ámbito de los poderes judiciales de provincias, se traducen tanto en potestades de naturaleza administrativa (designación y remoción de empleados y funcionarios, ejecución del presupuesto, etc.) o bien, colegisferantes de segundo grado con el dictado de los reglamentos internos que regulan el funcionamiento de la administración de justicia (Buenos Aires, art. 161, inc. 4º, y 164; Catamarca, art. 206; Chubut, art. 178; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 114; Córdoba, art. 166; Corrientes, art. 187; Formosa, art. 170; Jujuy, art. 167; La Rioja, art. 140; Misiones, art. 146; Neuquén, art. 240; Salta, art. 153, inc. 1º; San Luis, art. 214; Santiago del Estero, art. 190; San Juan, art. 207; Río Negro, art. 206; Tierra del Fuego, art. 156; entre otras).

Finalmente, cabe hacer referencia a otro aspecto de importancia en orden a la independencia orgánica y que concretamente se refiere a los recursos con que cuenta la administración de justicia para el cumplimiento de su cometido. En tal sentido, la mayoría de las constituciones provinciales mantienen el sistema clásico para determinar el presupuesto, esto es, dentro del principio de universalidad presupuestaria, facultando a los tribunales superiores o cortes a remitir al Poder Ejecutivo el proyecto de presupuesto anual el que, por lo general, es objeto de recortes por parte de los poderes políticos al tiempo de su tratamiento, lo que, en principio, genera afectación sensible a las posibilidades de funcionamiento del Poder Judicial, en orden a sus necesidades primarias y el cumplimiento de sus fines.

Sólo algunas constituciones establecen normas tendientes a preservar la integridad del proyecto de presupuesto enviado por el Poder Judicial a los poderes políticos. Así la Constitución de Tierra del Fuego establece en su art. 156, inc. 7º, que corresponde al Superior Tribunal de Justicia: "Confeccionar y remitir a los otros dos poderes dentro del plazo establecido para el Poder Ejecutivo, el proyecto de presupuesto del Poder Judicial, el cual deberá incluir entre sus recursos las tasas de justicia, multas procesales y las fianzas que no se devuelvan. Este presupuesto que será suficiente y adecuado a las necesidades de administración de justicia, no podrá ser vetado por el Poder Ejecutivo". Del mismo modo, aunque con menor énfasis, la Constitución de Salta, en su art. 153, ap. I, dispone que la Corte de Justicia confecciona el presupuesto de erogaciones y tiene voz, a través de uno de sus miembros, en las deliberaciones legislativas en que se trate su presupuesto. Por su parte, la Carta de Jujuy, en su art. 147, proclama la autonomía financiera del Poder Judicial y dispone que el Superior Tribunal de Justicia deberá elevar al Poder Ejecutivo el presupuesto de gastos e inversiones que fueren adecuados a las reales necesidades de la administración de justicia, juntamente con las normas para su ejecución. Señala además la norma que: "Los otros poderes deben asignarle los recursos para atender los gastos e inversiones y respetar las normas de ejecución presupuestaria, salvo que aquella no fuera posible por circunstancias de extrema grave-

dad, debidamente fundadas". Por último, las constituciones de Chubut (art. 177), Corrientes (art. 192), La Pampa (art. 99) y San Luis (art. 218) proclaman la autonomía y autarquía financiera del Poder Judicial, respectivamente, pero sin dar pautas de su preservación, lo que, obviamente, queda librado a la ley reglamentaria que dicte el Poder Legislativo.

2. La independencia funcional

Esta segunda acepción de la independencia del Poder Judicial se refiere, concretamente, al ámbito de libertad y necesaria equidistancia que debe tener el juez al momento de ejercer su función jurisdiccional de todos aquellos factores exógenos que, de algún modo, puedan influir en su ánimo o voluntad de manera de direccionar su pronunciamiento en uno u otro sentido.

Esto significa, puntualmente, que el magistrado está exento de toda subordinación jerárquica, no reconociendo órgano jurisdiccional ni de ninguna otra naturaleza que pueda ejercer ascendencia en su actividad, como que tampoco pueda censurar ni corregir la aplicación e interpretación de las leyes y elementos probatorios obrantes en la causa. Esta regla áurea, obviamente, encuentra su excepción cuando los superiores obren como tribunal de alzada, por mediar recursos contra la decisión del inferior. Mas ello en modo alguno puede interpretarse que resulte atentatorio de la independencia funcional, en la medida en que están impuestos por las leyes procesales para garantizar justicia, mediante la eventual utilización de múltiples instancias y que, a la postre, no es más que el reflejo de la dialéctica del debido proceso legal, de cuño constitucional (arts. 18 y concs., CN).

Empero, es preciso señalar que la premisa enunciada —ausencia de subordinación jerárquica— reconoce a su vez, dentro de la estructura del Poder Judicial, excepciones admitidas constitucionalmente, como ocurre en la estructura del Ministerio Público, que en varias cartas locales se organiza, precisamente, sobre la base del principio de subordinación jerárquica, como se verá más adelante.

Ha sido objeto de especial tratamiento por los constituyentes provinciales, encontrar los medios idóneos para asegurar tan necesaria independencia, con la dotación de garantías e inmunidades a la función, tales como la inamovilidad, intangibilidad y reglas tendientes a preservar la imparcialidad de los magistrados.

a) La imparcialidad

Su presencia es ineludible al momento de administrar justicia y no es sino la "Falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas" ⁵ en el acto mismo de juzgar.

Y precisamente su importancia en la función jurisdiccional es enaltecida por Piero Calamandrei, cuando de modo magistral expresa: "Históricamente la cualidad preponderante que aparece inseparable de la idea misma de un juez, desde su primera aparición en los albores de la civilización, es la 'imparcialidad'. El juez es un tercero extraño a la contienda que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y desapego; es un tercero *inter partes* o, mejor aun, *supra partes*. Lo que lo impulsa a juzgar no es un interés personal, egoísta, que se encuentre en contraste o connivencia o amistad con uno o con otro de los egoísmos en conflicto. El interés que lo mueve es un interés superior, de orden colectivo, el interés de que la contienda se resuelva civil y pacíficamente, *nec cives ad armaveniant*, para mantener la paz social. Es por esto que debe ser extraño e indiferente a las solicitudes de las partes y el objeto de la lite: *nemo iudex in re propria*" ⁶.

Las constituciones provinciales, en su mayoría, han tratado de asegurar la imparcialidad de los magistrados y miembros del Ministerio Público con la inclusión en sus textos de un régimen de incompatibilidades o prohibiciones, como medio idóneo de poder garantizarla. Vale como ejemplo la Constitución de Tierra del Fuego, que en su art. 148 prescribe: "Los magistrados y funcionarios del Poder Judicial no podrán intervenir en actividades políticas, ni realizar actos que comprometan la imparcialidad con que deben actuar en el cumplimiento de sus funciones. No podrán desempeñar otros empleos públicos o privados salvo la docencia, ni ejercer profesión, comercio o industria, o comisión de carácter político nacional, provincial o municipal. Les está igualmente prohibido litigar por sí o por interpósita persona en cualquier jurisdicción". Con mayor o menor amplitud tratan el tema las constituciones de Catamarca (art. 202), Chaco (art. 160), Ciudad de Buenos Aires (art. 119), Córdoba (art. 156), Corrientes (arts. 190 y 191), Entre Ríos (art. 157), Jujuy (art. 169), La Rioja (art. 139), Mendoza (art. 169), Santa Cruz (art. 130), San Luis (art. 193), Santiago del Estero (art. 180), San Juan (art. 205), Santa Fe (art. 89), Río Negro (art. 201) y Tucumán (art. 123).

Sin perjuicio de lo expresado, las leyes locales de cada provincia reglamentan con mayor precisión y amplitud el régimen de incompatibilidades a que se hallan sujetos los miembros del Poder Judicial, todo ello, como se ha expresado, con la expresa finalidad de asegurar la imparcialidad funcional.

b) La inamovilidad

A partir del ciclo constituyente provincial iniciado en 1986, la totalidad de las cartas locales han establecido como medio de afianzar la independencia de la función jurisdiccional, la garantía de la inamovilidad de los funcionarios y magistrados del Poder Judicial.

⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 1994, p. 758.

⁶ CALAMANDREI, Piero, *Proceso y democracia*, cit., p. 60.

Dable es señalar que con anterioridad al ciclo enunciado un grupo de constituciones provinciales se apartaban de dicha directiva estableciendo la periodicidad de las funciones judiciales, tales como la regulaban las anteriores constituciones de Jujuy, Tucumán, San Juan, Catamarca, La Rioja y Salta. Tales provisiones normativas fueron objeto de innumerables críticas, algunas de antigua data, como las de Clodomiro Zavalía ⁷ al sostener que ello contraría las exigencias más elementales del concepto científico de la división de poderes, que somete al riesgo de que los jueces traten de asegurar su reelección o permanencia llevando complacencia para con el Poder Ejecutivo a límites exagerados que perjudican el prestigio de la administración de justicia.

Resulta así saludable para el dogma republicano, en su principio de división de poderes, que todas las constituciones adopten tal garantía, adecuándose de tal modo a las prescripciones de la Constitución Nacional que en su art. 110 la recepta ya desde su texto de 1853, la que, conforme lo tienen reiteradamente dicho la jurisprudencia y la doctrina constitucional, está dada a favor y en interés de la ciudadanía en general. En esta inteligencia, por imperativo del art. 5° de la Carta Magna Nacional, los constituyentes provinciales están obligados a conformar las constituciones a aquélla, so riesgo de violarla.

Así, por ejemplo, la Constitución de Catamarca dispone en el art. 195: "Los magistrados e integrantes del Ministerio Público son inamovibles mientras dure su buena conducta, observen una atención regular de su despacho, no incurran en negligencia grave o desconocimiento inexcusable del derecho y hasta cumplir la edad de sesenta y cinco años", para luego prescribir el art. 196 que "La inamovilidad comprende el derecho de permanecer en la categoría y en el lugar para los cuales se prestó el correspondiente acuerdo y de los que los jueces no podrán ser removidos, ascendidos o trasladados, sino por debido procedimiento legal". Como se advierte del texto transcrito, la inamovilidad que consagra tiene límite temporal, esto es hasta el cumplimiento de sesenta y cinco años de edad. Igual prescripción contiene la Constitución de Chaco (art. 154) que la extiende hasta los setenta años y que, para la continuidad del magistrado, requiere un nuevo nombramiento. En idéntico sentido La Rioja (art. 130), aunque limitada a los miembros del superior tribunal y procurador general. Particular metodología adopta la Constitución de Salta, que en su art. 156 establece que los miembros de la Corte de Justicia duran seis años en sus funciones, pudiendo ser nombrados nuevamente, apartándose así de la tendencia general de acordar inamovilidad a todos los integrantes de la magistratura.

En términos generales, las constituciones legislan con mayor o menor amplitud, extendiendo el concepto de inamovilidad al grado y la sede, que implica que no pueden ser ascendidos, degradados o trasladados sin el consentimiento del magistrado de que se trate.

Finalmente, quien mejor exalta el valor de esta garantía es Carlos S. Fayt cuando expresa: "Las inmunidades de las cuales se rodea a la magistratura no constituyen privilegios personales, se relacionan directamente con la función que ejerce y su objeto es protegerla contra los avances, excesos o abusos de otros poderes en beneficio de los justiciables y, en definitiva, de toda la Nación. La magistratura se desempeña en el interés general y sus garantías explícitas tienen fundamento en 'el principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno', de modo que todo avance sobre la independencia del Poder Judicial como es la abducción de la garantía de la inamovilidad, importa un avance contra la Constitución Nacional" ⁸.

c) La irreductibilidad o intangibilidad de las remuneraciones

Ratificando los conceptos de Carlos Fayt arriba expresados, Cesáreo Rodríguez Aguilera ⁹ sostiene que la independencia de la magistratura no debe ser estimada tan sólo como un derecho del juez, sino como una exigencia social para la más adecuada realización de la justicia, como un derecho del ciudadano para mejor garantía de sus libertades y de su seguridad jurídica. Con idéntico enfoque Rodolfo Berardo ¹⁰, citando a Joaquín V. González, afirma que con el principio de irreductibilidad de las compensaciones de los magistrados se propone asegurar a quienes ejercen el Poder Judicial la subsistencia al abrigo de todos los cambios que el poder discrecional del Congreso o de las legislaturas provinciales pudieran introducir al dictar la Ley de Presupuesto y conseguir así una sucesión de hombres ilustrados y honestos, exentos de pasión de lucro y de los poderosos impulsos de la necesidad, que los llevaría a buscar ilegítimas ganancias o a descuidar las funciones públicas por los oficios privados.

A más de los ilustrados conceptos expresados, es menester señalar que las constituciones provinciales, con mayor o menor amplitud, han incorporado a sus textos la expresión acuñada por el art. 110, CN, en tanto prescribe que los magistrados percibirán por sus servicios una compensación que determina la ley "y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones".

Interpretando dicha cláusula, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Bonorino Perú, Abel y otros v. Gobierno Nacional" (15/11/1985), en trascendente fallo expresó: "que la citada norma prohíbe disminuirla 'en manera alguna', lo que aparte de vedar la alteración nominal por 'acto del príncipe', impone la obligación constitucional de mantener su significado econó-

⁸ FAYT, Carlos S., *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 3.

⁹ RODRÍGUEZ AGUILERA, Cesáreo, *El Poder Judicial en la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 112.

¹⁰ BERARDO, Rodolfo, *Instituciones de derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 50.

mico y de recuperar su pérdida cada vez que ésta se produce con intensidad deteriorante". Tal valoración de la garantía, junto a la de la inamovilidad, en análisis, fue reiterada en varias oportunidades por el más alto tribunal, entre otros *in re* "Balaguer, Luis Armando v. Estado nacional - Honorable Senado de la Nación Argentina s/amparo" (31/3/1993).

Anticipamos más arriba que en mayor o menor medida las Cartas locales receptan la garantía de la Constitución Nacional, aunque con diferentes matices y que para su comprensión y partiendo del fallo de la Corte antes citado, cabe efectuar algunas precisiones terminológicas que habrán de clarificar el enfoque. Así, un grupo de constituciones provinciales prescriben la "irreductibilidad" de las compensaciones de los magistrados que, según el *Diccionario de la Lengua Española*, significa "que no se puede reducir", lo que equivale a "que no podrá ser disminuida en manera alguna" en el lenguaje de la Carta Magna Nacional. Dentro de este concepto se enmarcan las constituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 110), Corrientes (art. 184), Entre Ríos (art. 156), Jujuy (art. 170), Misiones (art. 140), Santa Cruz (art. 128), Tierra del Fuego (art. 144) y Tucumán (art. 115).

Otro grupo de constituciones consagran el concepto de "intangibilidad" que en el *Diccionario de la Lengua Española* significa "que no debe o no puede tocarse", lo que implica la adopción de una protección más restringida que la "irreductibilidad", admitiendo de tal modo, la posibilidad que las compensaciones puedan ser reducidas por normas de carácter general, tal como lo prescribe la Constitución de Chaco que en su arts. 154 prescribe: "Su retribución será establecida por ley y no podrá ser disminuida con descuentos que no sean los que se dispusieren con fines previsionales, tributarios o con carácter general". En idénticos términos legislan las cartas de Catamarca (art. 197), Chubut (art. 170), La Pampa (art. 93), La Rioja (art. 130), Salta (art. 161), San Luis (art. 192), Santiago del Estero (art. 178), San Juan (art. 191), Santa Fe (art. 88) y Río Negro (art. 199).

Finalmente, nada expresan sobre el punto las constituciones de Buenos Aires, Formosa y Mendoza, apartándose de la manda de la Constitución Nacional, que en la óptica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entiende que la mentada protección que consagra el art. 110 (art. 96, en la Constitución de 1853) "está comprendida entre las condiciones de la administración de justicia exigibles a las provincias a los fines contemplados en el art. 5º, ley fundamental" (*in re*: "Bonorino", cit.).

d) Inmunidades

También con la clara finalidad de proteger la independencia funcional de los magistrados, algunas constituciones les han discernido prerrogativas individuales equivalentes a los integrantes del Poder Legislativo. No obstante, dentro de esta categoría cabe distinguir dos grupos: aquellas cartas locales que sólo

establecen la inmunidad de arresto y proceso como lo disponen las constituciones de Córdoba (art. 154), Jujuy (art. 171), Misiones (art. 140) y Santiago del Estero (art. 178) y el segundo grupo, integrado por las cartas de Chaco (art. 154), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 110), Formosa (arts. 166 y 167), La Pampa (art. 93), La Rioja (art. 130), Salta (art. 161), San Juan (art. 191) y Río Negro (art. 199), que establecen en forma genérica que "gozan de las mismas inmunidades que los legisladores".

V. DESIGNACIÓN DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS

La doctrina constitucional más caracterizada, desde vieja data, ha sido conteste en señalar que la modalidad o mecanismo que se adopte para la designación de magistrados y funcionarios del Poder Judicial se encuentra en directa relación con la amplitud o grado de independencia de que pueda gozar dicha función estatal. Hasta 1986, diecisiete constituciones provinciales adscribían al sistema clásico de designación, siguiendo, por cierto, el impuesto por la Constitución Nacional de 1853, esto es, asignarle tal atribución a los poderes políticos (Ejecutivo y Legislativo), con algunos matices diferenciales, según se trate de sistema unicameral o bicameral.

Empero, a partir del ciclo de reforma constitucional provincial mencionado, dicho sistema de reclutamiento de magistrados ha sido objeto de preocupación y revisión por los estudiosos del derecho público, con la proposición de sistemas diferentes, aunque en su mayoría con un objetivo común: aventar, en alguna medida, la injerencia predominantemente política en dichas designaciones¹¹, en el entendimiento de que ello reforzaría la independencia del Poder Judicial con la creación, en algunos casos, de estructuras participativas de carácter pluralista, en las cuales estén representadas las instituciones vinculadas directa o indirectamente con la administración de justicia.

No obstante lo expresado, tal cometido encontraba ya antecedentes en el derecho público provincial, con las constituciones denominadas "nuevas" para dicha época (1957), esto es, las de Neuquén, con la intervención de una Junta Calificadora integrada por dos miembros del tribunal superior, un legislador y dos abogados, para la designación de magistrados y funcionarios inferiores; o bien, la de Chaco con la participación del Consejo de la Magistratura en tal cometido.

Las bondades y consecuente justificación de tales sistemas han sido puestas de resalto por los distintos tratadistas, entre los que cabe rescatar el acertado enfoque de Pedro Frías cuando, prologando la obra de Néstor Sagüés¹², sostuvo: "En cuanto a la actitud del órgano que selecciona y nombra, todos hemos imaginado siempre lo que no conocemos: el órgano jurisdiccional está presio-

¹¹ Conf. ponencias presentadas en el I Congreso Bonaerense de Derecho Público Provincial "Juan Bautista Alberdi", La Plata, noviembre 1984.

¹² SAGÜÉS, Néstor P., *Reforma judicial*, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 7.

nado por el escalafón y el órgano político por las influencias; de ninguno está ausente, aparte las escasas normas constitucionales y legales, ni un sentido de justicia ni una valoración de idoneidad; pero estas buenas disposiciones son frágiles dentro del órgano político, en la trama contingente de las recomendaciones, de los intereses creados y de la limitación de las candidaturas". En igual sentido, Jorge Vanossi, más adelante, señala que lo que interesa, en definitiva, es que el magistrado no sea ni dependiente del gobernante de turno ni prisionero de la partidocracia ¹³.

El mismo autor, comentando la aparición del Consejo de la Magistratura en el orden nacional, reforma constitucional de 1994 mediante, señala que es un órgano de selección de magistrados, tendiente a transformar lo que era una facultad ilimitada en una potestad reglada, en función de disminuir la discrecionalidad del Poder Ejecutivo y del Senado en las nominaciones ¹⁴.

Y es así que en el ciclo constituyente provincial iniciado en 1986, los convencionales no han sido ajenos a dichas inquietudes, en la convicción de que la adopción de tal sistema reforzaría la independencia del Poder Judicial, tanto desde la perspectiva orgánica, como desde la funcional.

No obstante esta tendencia generalizada, seis constituciones provinciales han mantenido el sistema clásico de designación de la totalidad de los miembros de la magistratura, esto es, por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado y/o Legislatura y que son las de Catamarca (art. 149, inc. 18), Córdoba (art. 144, inc. 9°), Entre Ríos (art. 154), Santa Fe (art. 86) y las de Jujuy y Formosa con algunas notas diferenciales. La de Jujuy (art. 158) establece que la designación de los tribunales inferiores está a cargo del Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura a propuesta en terna del Superior Tribunal de Justicia. Por su parte, la de Formosa (art. 169) dispone que los nombramientos están a cargo de la Cámara de Representantes a propuesta del Superior Tribunal de Justicia, mientras no exista el Consejo de la Magistratura creado por ley.

Además, cabe señalar que la provincia de Córdoba, mediante ley 8802, crea el Consejo de la Magistratura a los fines previstos en el art. 144, inc. 9° y art. 157, última parte, Constitución provincial, para la designación de tribunales inferiores e integrantes del Ministerio Público, con excepción del fiscal general y los jueces de paz legos.

1. Designación de miembros de cortes o superiores tribunales, fiscales o procuradores generales

La mayoría de las constituciones para las designaciones de los mencionados magistrados y funcionarios mantienen el sistema clásico, esto es por el Po-

¹³ VANOSI, Jorge R., "Designación y remoción de jueces y fiscales", en *Seminario sobre la Reforma Judicial*, publicación especial *La Nación* del 25/7/1997.

¹⁴ VANOSI, Jorge R., "Filosofía de los valores constitucionales, política institucional y técnicas jurídicas en las cortes supremas y tribunales constitucionales", LL del 28/4/2005, año LXIX, nro. 83.

der Ejecutivo con acuerdo del Senado o Legislatura, según el caso. Así lo disponen las cartas de Buenos Aires (art. 175), Chubut (art. 166), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 111), Corrientes (art. 182), Entre Ríos (art. 154), Formosa (art. 164), Jujuy (art. 155, inc. 4°), La Pampa (art. 92), La Rioja (art. 136), Mendoza, Neuquén (art. 239), Salta (art. 156), Santa Cruz (art. 119, inc. 6°), San Luis (art. 196), Santa Fe (art. 86), Santiago del Estero (art. 187) y Tucumán (art. 101, inc. 5°).

Particular y original regulación ofrecen algunas constituciones respecto del tema en análisis, pero que de algún modo denota el interés de los constituyentes de desconcentrar de los poderes políticos la designación de los más altos tribunales de provincia, aportando, de tal modo, una cuota más en aras de afianzar la independencia de la justicia. Así, las cartas de Chaco (art. 158) y Tierra del Fuego (art. 142) disponen que el nombramiento de los miembros del Superior Tribunal Superior y procurador general está a cargo del Poder Ejecutivo a propuesta del Consejo de la Magistratura. En idéntica orientación, pero ya prescindiendo de la intervención del Poder Ejecutivo, la Constitución de San Juan (art. 206) prescribe que la designación de los miembros de la Corte de Justicia y el fiscal de la Corte estará a cargo de la Cámara de Diputados a propuesta del Consejo de la Magistratura. Finalmente, y como novedad, cabe señalar lo regulado por la Carta de Río Negro, que en su art. 204 establece que la designación de los miembros del superior tribunal corresponderá a un consejo integrado por el gobernador de la provincia, tres abogados por cada circunscripción judicial e igual número de legisladores.

2. Designación de magistrados inferiores y miembros del Ministerio Público

Con excepción de las seis constituciones arriba mencionadas, que mantienen su pertenencia al sistema clásico de designación (Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado o Legislatura), el resto de las cartas locales se adscriben a la moderna tendencia de despolitizar la designación de los miembros del Poder Judicial, dando así un principio de respuesta a la reclamada independencia de la función jurisdiccional, de alta significación en el sistema institucional de las naciones democráticas, al decir de Carlos Hugo Valdez ¹⁵.

En dicha inteligencia, los constituyentes de Buenos Aires, Chaco, Chubut, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Corrientes, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Neuquén, Salta, Santa Cruz, San Juan, San Luis, Santiago del Estero, Río Negro, Tierra del Fuego y Tucumán incluyen en los mecanismos de designación de magistrados y funcionarios a los consejos de la magistratura, organismos que, con integración pluralista y en algunos casos democrática, representan a todos los estamentos vinculados con la función jurisdiccional.

¹⁵ VALDEZ, Carlos H., *El Consejo de la Magistratura en Córdoba*, Soluciones Gráficas,

Pero además, y como se anticipó páginas arriba, la creación y funcionamiento de los concejos de la magistratura coadyuva sensiblemente a la independencia de la actividad jurisdiccional, tanto en lo orgánico, como en el aspecto funcional, conforme lo hemos definido. En lo orgánico, en cuanto consolida la independencia externa del Poder Judicial, reforzando el principio de división de poderes y, por ende, el sistema republicano de gobierno. En lo funcional, en tanto dota al juez designado de un ámbito de libertad en la medida en que el acceso al cargo no reconoce influencias, favores de ningún tipo ni pertenencias a esquemas partidocráticos y, por ende, no es sino el resultado de su propio mérito y esfuerzo personal, con todo lo que ello importa. Finalmente, existe un efecto cualitativo cual es la incorporación a la judicatura de un número de personas que responden a un perfil adecuado de idoneidad, respeto a las instituciones democráticas y derechos humanos (v.gr., arts. 175, Constitución de Buenos Aires, y 194, Constitución de Corrientes) y, como lo sostiene Valdez¹⁶, ostentan legitimidad de origen acorde con el estadio de nuestra evolución democrática.

Del relevamiento efectuado a las constituciones provinciales, se advierten que existen seis sistemas de designación de magistrados y funcionarios, todos obviamente con la intervención de los concejos de la magistratura y que a continuación se detallan:

1. Por el Poder Ejecutivo, a propuesta del Consejo de la Magistratura y con acuerdo del Senado o Legislatura: Buenos Aires (art. 175), Corrientes (art. 182), La Pampa (art. 92), Mendoza (art. 150), Salta (art. 156), Santa Cruz (art. 128 bis), San Luis (art. 196) y Tucumán (arts. 113 y 111, inc. 5°).

2. Por el Poder Ejecutivo a propuesta del Consejo de la Magistratura: soslayando la intervención de la Legislatura, Santiago del Estero (art. 191).

3. Por el Superior Tribunal de Justicia a propuesta del Consejo de la Magistratura: sin intervención de los poderes políticos, Chaco (art. 158) y Tierra del Fuego (art. 142).

4. Por Consejo de la Magistratura con acuerdo de la Legislatura: sin participación del Poder Ejecutivo, Chubut (art. 166), La Rioja (art. 136) y Neuquén (art. 239).

5. Por la Legislatura a propuesta del Consejo de la Magistratura: prescindiendo del Poder Ejecutivo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 118) y San Juan (art. 206).

6. Por el Consejo de la Magistratura: sin intervención de los poderes Ejecutivo y Legislativo, Río Negro (arts. 211 y 222, inc. 1°).

3. Los concejos de la magistratura. Integración y funciones

Del mismo modo que los constituyentes provinciales han pergeñado distintos sistemas de designación con intervención de los concejos de la magistra-

¹⁶ VALDEZ, Carlos H., *El Consejo de la Magistratura*, cit. p. 103

tura, como se ha visto en el punto anterior, le otorgaron también diferentes integraciones y funciones que a continuación reseñamos.

a) Integración

En general todas las constituciones que incorporan este sistema de designación han concebido para la conformación del órgano una integración pluralista en la que se encuentran incorporados todos los sectores comprometidos con la actividad jurisdiccional.

Con variaciones del número de miembros —que oscilan entre cinco y once—, se encuentran representados los poderes políticos, con la incorporación de legisladores (Poder Legislativo) o ministros designados por el gobernador (Poder Ejecutivo); el Poder Judicial con los miembros de cortes o superiores tribunales, magistrados y funcionarios inferiores; con abogados con cierta antigüedad en el ejercicio de la profesión y finalmente con académicos especializados (Buenos Aires, art. 175 y Córdoba, ley 8802) o profesores titulares de facultades de derecho estatales (Corrientes, art. 194). Particular nota da la Constitución de Chubut (art. 187) que incorpora al seno del Consejo a cinco ciudadanos no abogados ni empleados judiciales elegidos por el pueblo en comicios generales. Con igual impronta legisla la Constitución de Santa Cruz (art. 128 bis), incluyendo, al igual que Chubut, un representante de los empleados del Poder Judicial.

Se expresó más arriba que la integración de los miembros del Consejo, además de pluralista, preserva los principios democráticos al establecer las constituciones que tanto los jueces o funcionarios de los tribunales inferiores, como abogados, docentes y empleados del Poder Judicial que lo integran, deben ser elegidos por sus pares mediante el voto secreto y a simple pluralidad.

b) Funciones

Todas las constituciones que adscriben al sistema establecen como función indelegable del consejo, la selección de los postulantes mediante concursos de antecedentes y oposición, abiertos y públicos, que garanticen la publicidad, igualdad de oportunidades y criterios objetivos de evaluación. Ello significa, sin más, la apertura a cualquier ciudadano que, reuniendo las condiciones objetivas para acceder a la magistratura, pueda concursar y, eventualmente incorporarse al ejercicio de la función jurisdiccional, excluyendo de tal modo la posibilidad de un sistema “cerrado” al que sólo tengan acceso quienes transitan la carrera judicial. Del mismo modo se discierne como potestad propia y exclusiva la de dictar su propio reglamento interno.

Sin perjuicio de lo expresado, el análisis de las constituciones evidencia que cada provincia le ha dado una impronta particular a las funciones del consejo que se sintetizan a continuación:

1. Como órgano seleccionador y proponente de postulantes: Buenos Aires (art. 175), La Pampa (art. 92), La Rioja (art. 136), Mendoza (art. 150), Salta (art. 159), San Juan (art. 216), Santa Cruz (art. 128 bis), San Luis (art. 199), San Juan (art. 214), Tucumán (art. 101, inc. 5°) y Córdoba (ley 8802).

2. Como órgano seleccionador y proponente de postulantes y de gobierno del Poder Judicial: la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 116), en tanto faculta al Consejo a ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados y funcionarios; a reglamentar el nombramiento y remoción de los demás funcionarios y empleados del Poder Judicial; a proyectar el presupuesto y a administrar los recursos del Poder Judicial; a recibir denuncias en contra de magistrados y funcionarios del Ministerio Público y finalmente, a decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados y funcionarios y formular acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento.

3. Como órgano seleccionador y proponente de postulantes y Jurado de Enjuiciamiento: Chaco (art. 167) y Tierra del Fuego (art. 161).

4. Como órgano seleccionador y proponente de postulantes e investigador y acusador ante el Jurado de Enjuiciamiento: Chubut (art. 192), Corrientes (art. 195), Neuquén (art. 251) y Santiago del Estero (art. 195).

5. Como órgano, seleccionador, encargado de designar y Jurado de Enjuiciamiento: Río Negro (arts. 211 y 222).

Finalmente, cabe apuntar que la generalidad de las constituciones prescribe que las postulaciones —sea en ternas o uninominales— que efectúan los consejos a los órganos encargados de designar magistrados y funcionarios tienen carácter vinculante; previsiones normativas de fundamental importancia en la medida en que ello cumple con el objetivo esencial de este tipo de instituciones, cual es, como se ha dicho, disminuir la injerencia política en la integración de los cuadros de la administración de justicia.

VI. TRIBUNALES SUPERIORES O CORTES DE JUSTICIA

Las constituciones provinciales, en general, inician el tratamiento de las secciones correspondientes al Poder Judicial estableciendo que éste será ejercido por una Corte Suprema de Justicia (ej.: Buenos Aires, art. 160) o Superior Tribunal de Justicia (ej.: Córdoba, art. 152), cámaras de apelaciones, jueces y demás tribunales que la ley establezca.

1. Composición

Como un ejemplo más del libre ejercicio de darse sus propias instituciones (art. 122, CN), sin otro límite que el de asegurar la administración de justicia (art. 5º, *ib.*), las cartas locales, en lo que a su composición se refiere, han adoptado distintos sistemas que permiten efectuar algunas diferenciaciones, partiendo de la denominación de sus más altos tribunales. Así las constituciones de Buenos Aires, Catamarca, Mendoza, Salta y Tucumán las denominan Corte Suprema o cortes de justicia; mientras que las de Córdoba, Corrientes, Chubut, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chaco, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Misiones, San Juan, Santa Cruz, Santiago del Estero, San Luis, San Martín, San Pedro, Santa Fe, Tierra del Fuego, Tucumán y Uruguay, designan al más alto tribunal o Tribunal Superior de Justicia.

Otro rasgo diferencial está dado en cuanto al número de integrantes de los altos cuerpos y que nos permite distinguir tres sistemas.

Un primer grupo, en el cual la cantidad de miembros que los integran está expresamente establecido en el texto constitucional; tal el caso de Córdoba (art. 164) que dispone que el Tribunal Superior de Justicia está integrado por siete miembros. En igual sentido: Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 111) y Neuquén (art. 239).

Un segundo grupo, conformado por las cartas que dejan librado el número a la ley, tal el caso de Chaco (art. 155) y Salta (art. 150).

Finalmente, las que adoptan un sistema "mixto" que disponen un número mínimo que puede ser aumentado por ley: Catamarca (art. 195), Chubut (art. 163), Entre Ríos (art. 148), Formosa (art. 164), Jujuy (art. 165), La Pampa (art. 89), Mendoza (art. 143), Santiago del Estero (art. 187), Santa Cruz (art. 126), San Luis (art. 191), San Juan (art. 201), Santa Fe (art. 84), Río Negro (art. 202) y Tierra del Fuego (art. 155).

Un aspecto importante que resulta conveniente destacar es que algunas cartas establecen que los altos cuerpos judiciales provinciales podrán dividirse en salas para su funcionamiento. Así lo establecen la de Córdoba (art. 164) y la de Santiago del Estero (art. 188), entre otras. Esta previsión del constituyente responde puntualmente a los principios de especialización y de división del trabajo. El primero encuentra su justificación en la circunstancia de que los máximos tribunales, conforme a las competencias que las constituciones les asignan en el área jurisdiccional, deben entender en multiplicidad de materias que van desde las originarias —en las que por lo general actúan en pleno— a las derivadas, esto es, a las que llegan a dicha instancia por vía de recursos y que provienen de los fueron penal, civil, laboral, contencioso administrativo, etc., cuya resolución corresponde a las salas en función, precisamente, del principio de especialización. El segundo encuentra su fundamento en la excesiva cantidad de causas a las que deben avocarse los altos cuerpos (competencia originaria o de grado). Adviértase que el mayor número de casos arriba a dicha instancia por vía de recursos, contra sentencia de los tribunales inferiores. Por lo tanto, y a los efectos de darle celeridad a su trámite, se dispone que éstas sean atendidas por las salas generalmente compuestas por tres miembros, pero cuyo pronunciamiento representa la voluntad del alto cuerpo.

2. Competencia y atribuciones

A este respecto las cartas locales establecen sin excepción y en forma taxativa las competencias y atribuciones de los máximos tribunales, expresiones que responden a aspectos distintos del ejercicio del poder.

Definimos la competencia como el poder jurisdiccional que la Constitución o la ley, o los reglamentos o acordadas, atribuyen a cada fuero o tribunal¹⁷.

Mientras que la atribución, según el *Diccionario de la Lengua Española* (Real Academia Española, 20ª ed.), está referida a cada una de las facultades que a una persona le da el cargo que ejerce. En esta inteligencia, las "competencias" están referidas *stricto sensu* al ejercicio de las potestades jurisdiccionales de los altos cuerpos; mientras que las "atribuciones" puntualizan el alcance y límites de las facultades para el ejercicio del "gobierno" del Poder Judicial que las constituciones ponen a su cargo (facultades impropias) a fines de —como se expresó más arriba— preservar su independencia de los otros poderes del Estado.

a) Competencias

El relevamiento de los textos constitucionales provinciales da cuenta de que las competencias asignadas a los altos cuerpos, en términos generales, guardan semejanzas; asignando una "originaria" en tanto como órganos jurisdiccionales deben entender en cierta categoría de cuestiones que, por su importancia y trascendencia institucional, son dirimidas en forma exclusiva, excluyente y en única instancia. Las de "alzada o grado" implican el ejercicio de una facultad revisora de las sentencias dictadas por los tribunales inferiores y que llegan a dicha sede por medio de los recursos que las constituciones y las leyes procesales establecen (revisión, casación, etc.) y que, por lo general, son atendidas por las salas, en los casos en que éstas son previstas por la norma.

Pueden sintetizarse en el siguiente esquema:

Originarias:

1. En las acciones de inconstitucionalidad.
2. En las cuestiones de competencia entre los poderes públicos y las que se susciten entre los tribunales inferiores.
3. En las causas contencioso administrativas.
4. En las cuestiones o conflictos que se susciten entre las autoridades de la provincia y una municipalidad, entre dos municipalidades o entre poderes de una misma municipalidad.
5. En la recusación de sus miembros.
6. En los recursos de queja por denegación o retardada justicia.
7. En las acciones de responsabilidad civil iniciadas en contra de magistrados y funcionarios, con motivo del ejercicio de sus funciones.

De grado o alzada:

1. En los recursos de inconstitucionalidad.
2. De los recursos extraordinarios que las leyes de procedimiento acuerden contra las sentencias definitivas de los tribunales inferiores.

Analizaremos cada una de las referidas competencias siguiendo el orden propuesto.

Originarias

- 1) *En las acciones de inconstitucionalidad* de las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, Cartas Orgánicas y ordenanzas, que estatuyan sobre materias regidas por las constituciones.

El ejercicio de esta competencia ha sido objeto de variada regulación por las constituciones en cuanto a sus alcances y efectos. Ello así por cuanto algunas le disciernen sólo carácter declarativo y para el caso concreto, como las de Córdoba (art. 165, inc. 1.a.) y Santiago del Estero (art. 193, inc. 1.a.).

Otras cartas le otorgan el efecto de abrogar la norma legal, cuando la inconstitucionalidad fuera declarada por el superior tribunal por dos veces consecutivas o tres alternadas, la que dejará de tener vigencia al día siguiente de la publicación oficial de la sentencia definitiva (Chubut, art. 175). En igual sentido Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 113, inc. 2º), Santiago del Estero (art. 193, inc. 1.b.) y Río Negro (art. 208). Por su parte, la Constitución de Chaco prescribe en su art. 9º: "Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la Ley Suprema de la Nación o a esta Constitución, son de ningún valor, y los jueces deberán declararlos inconstitucionales a requerimiento de parte. La inconstitucionalidad declarada por el Superior Tribunal de Justicia, produce la caducidad de la ley, decreto, ordenanza o disposición afectada por aquella declaración".

Finalmente, sobre el tema en análisis, cabe poner de resalto la previsión normativa de la Constitución de Río Negro (art. 196) que autoriza a los tribunales a declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes.

2) *En las cuestiones de competencia de los poderes públicos de la provincia y en los que se suscitan entre los tribunales inferiores con motivo de sus jurisdicciones respectivas.* Con excepción de la Constitución de Tucumán, las demás atribuyen esta competencia a sus más altos tribunales de justicia.

En la mayoría de las cartas locales se ha legislado en un mismo inciso este tipo de cuestiones, suscitadas tanto entre los poderes del Estado, como entre los tribunales inferiores. Mas cabe señalar que se trata de situaciones claramente diferentes, ya por la trascendencia y naturaleza que encierran uno y otro, ora por la condición en que actúa el órgano encargado de dirimir las.

Las cuestiones de competencia suscitadas entre los tribunales se refieren tan sólo a la facultad que tiene cada juez u órgano jurisdiccional para intervenir en determinados procesos, dentro de la capacidad genérica que corresponde al Poder Judicial en conjunto (jurisdicción) y la capacidad específica que le incumbe al fuero del cual forma parte, ya en razón de la materia, del territorio, de la cuantía o de las personas¹⁸. Es decir, que si bien en cada cuestión que se suscita existe afectación del orden público, ella carece de entidad institucional, al punto tal que algunas constituciones como la de Córdoba (art. 165, inc. 1.a.) condicionan su intervención a que los tribunales en pugna no tengan un superior común. De tal modo, la intervención de los tribunales superiores en este tipo de asuntos, *stricto sensu*, se justifica en su condición de órgano jurisdiccional de alzada. Omitimos abundar en consideraciones en este tipo de cuestiones, en la medida en que éstas han merecido mejor y mayor tratamiento por la ciencia del derecho procesal.

¹⁸ PODETTI, Ramiro. *Tratado de la competencia*, cit., ps. 355 y 358.

Los conflictos entre los poderes públicos reconocen una entidad y trascendencia superiores en la medida en que ellos tienen su origen en la arrogación por parte de uno de una facultad, atribución o privilegio de otro. Es decir que, de plantearse una cuestión de tal jaez, está en juego la vigencia del sistema republicano en su principio de división de poderes. Consecuentemente, la intervención de los superiores tribunales o cortes responde a una naturaleza y entidad diferentes: la de preservar la regularidad en el funcionamiento de los poderes del Estado y el normal cumplimiento de sus fines o, dicho de otro modo, la de resguardar la institucionalidad del sistema.

A lo ya expresado, es importante agregar que este tipo de intervenciones por los altos cuerpos es una creación originaria de las constituciones provinciales, ya que no encuentra su precedente en la Constitución Nacional. Y esta originalidad responde, esencialmente, a la necesidad de que las cuestiones de naturaleza institucional, como la que analizamos, deben ser solucionadas dentro de su propio ámbito, aventando de tal modo la injerencia del orden federal (art. 6º, CN), por medio de remedios que la historia, recurrentemente, ha demostrado como inconvenientes.

3) *En las causas contencioso administrativas.* Así lo establecen las constituciones de Chaco (art. 163, inc. e)), Entre Ríos (art. 167, inc. 3º), Formosa (art. 170, inc. 5º), La Rioja (art. 141, inc. 3º), La Pampa (art. 97, inc. 2.d)), Mendoza (art. 144, inc. 5º), Misiones (art. 145, inc. 3º), Santa Cruz (art. 132, inc. 2º), San Luis (art. 213, inc. 3º) y Tierra del Fuego (art. 167, inc. 4º). Es decir que diez de la totalidad de cartas locales mantienen el sistema histórico de asignación de este tipo de intervenciones a las cortes o tribunales superiores. El resto, al no incluir en la competencia originaria esta materia, se entiende, *a contrario sensu*, que lo hará por vía de alzada conforme lo establezcan las leyes procesales, lo que presupone la existencia de tribunales inferiores especializados que habrán de intervenir originariamente en este tipo de conflictos.

La actividad administrativa constituye una faz natural del quehacer jurídico del Estado y que presupone un conjunto de limitaciones en el ejercicio del poder, en la medida en que el sistema constitucional y legal instituye a favor de los particulares derechos y garantías. Siendo ello así, resulta indispensable la creación de los instrumentos jurídicos y procesales que los amparen, ya que, de otro modo, el sistema constitucional resultaría incompleto, si después de haber subordinado la actividad administrativa a la ley, no la hubiera sometido a la justicia.

4) *En las cuestiones que se suscitan entre las autoridades de la provincia y una municipalidad, entre dos municipalidades o entre los poderes de una misma municipalidad.* La mayoría de las cartas, con excepción de las de las provincias de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Mendoza, Misiones y Tucumán, disciernen esta peculiar competencia a las cortes o tribunales superiores, respondiendo a idéntica teleología, significación e importancia, en lo que a su naturaleza jurídica se refiere a la analizada en el punto 3) precedente (cuestiones de competencia de los poderes públicos).

En el contexto de la norma constitucional en análisis, debe entenderse por conflicto la contienda suscitada entre las autoridades de una misma municipalidad —departamento ejecutivo y concejo deliberante— (conflictos internos); entre dos municipalidades o de una municipalidad con las autoridades de la provincia (conflictos externos), por una opuesta inteligencia respecto del alcance de las facultades o competencias que respectivamente se atribuyen.

5) *En la recusación de sus miembros.* Competencia de naturaleza eminentemente procesal y que debe ser estudiada a la luz de los principios y normativas que informan dicha ciencia.

6) *Privativamente en la reducción de penas autorizados por el Código Penal.* Sólo la establecen las constituciones de Mendoza (art. 144, inc. 7º), Jujuy (art. 164, inc. 4º), La Rioja (art. 143, inc. 7º) y San Luis (art. 213, inc. 4º), que atribuyen esta competencia a las cortes o tribunales superiores y se refiere, en síntesis, a la hipótesis de la aplicación de la ley más benigna en los casos que medie modificación del Código Penal, en lo que al *quantum* de las penas se refiere, a favor de aquellas personas sobre las cuales ya ha recaído condena.

7) *En los recursos de queja por denegación o retardada justicia.* Las disponen las cartas de Catamarca (art. 204, inc. 7º), Córdoba (art. 165, inc. 4º), Chubut (art. 178, inc. 1.5), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 114, inc. 4º), Entre Ríos (art. 167, inc. f)), Jujuy (art. 165, inc. 3º), Mendoza (art. 144, inc. 13), Santiago del Estero (art. 193, inc. d)) y San Luis (art. 213, inc. 7º).

Esta competencia es discernida a los altos cuerpos a fines de preservar, por parte de la judicatura, el cumplimiento de los plazos fatales que las leyes procesales establecen, con la finalidad de combatir la morosidad con un destinatario muy puntual: el juez ilegítimamente moroso, para proteger los justiciables. Sobre esta competencia existen discrepancias en torno a si se trata de una facultad jurisdiccional o bien el ejercicio de una atribución de los altos cuerpos, como titulares del gobierno del Poder Judicial; ello en razón de que en cualquiera de las dos hipótesis que la normativa prevé, pueden dar lugar a sanciones al magistrado cuestionado e incluso a provocar, según la gravedad y entidad de los hechos, el procedimiento de remoción en la forma y condiciones establecidas por las constituciones.

8) *En las acciones de responsabilidad civil promovidas contra magistrados y funcionarios, con motivo del ejercicio de sus funciones.* Así lo establecen las constituciones de Córdoba (art. 165, inc. 3º), Jujuy (art. 164, inc. 3º), Salta (art. 152, inc. 1º) y Santiago del Estero (art. 193, inc. e)). Ponderable previsión normativa en función de que el eventual cuestionamiento que pudiere mediar, pone en tela de juicio, nada menos, que la conducta de un magistrado en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, ya sea por dolo o culpa; conducta que por sus particularidades amerita la intervención de los máximos tribunales provinciales, tanto más cuando se admite la procedencia de la acción sin remoción previa del enjuiciado.

De grado o alzada

1) *En los recursos de inconstitucionalidad.* Todas las constituciones provinciales regulan esta vía procesal como competencia de grado de las cortes y

tribunales superiores y que reconoce idéntico fundamento que el expuesto al tratar las acciones de inconstitucionalidad; con la variante de que procede en contra de las sentencias de los tribunales inferiores. Tal la trascendencia de esta intervención que constituciones como la de Córdoba (art. 165, inc. 2°) establecen que el pronunciamiento en este tipo de contiendas debe ser en pleno por el Tribunal Superior de Justicia. Conforme al régimen procesal y a la jurisprudencia de los tribunales, proceden en los supuestos de que en el pleito se haya cuestionado la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución y la decisión en última instancia haya sido por su validez.

2) *En los recursos extraordinarios que las leyes procesales otorguen en contra de las sentencias definitivas de los tribunales inferiores.* Al igual que en el supuesto anterior, la totalidad de las constituciones establecen, con algunas variantes, estas vías impugnativas que encuentran su fundamento en el art. 75, inc. 12, CN, interviniendo el tribunal por medio de sus salas, en las cartas que prevén su conformación.

b) Atribuciones

Apuntamos páginas atrás que las constituciones provinciales, además de las competencias jurisdiccionales, disciernen en forma puntual y precisa a las cortes o tribunales superiores un cúmulo de atribuciones (funciones impropias) a fines de que ejerzan el gobierno del Poder Judicial, como medio adecuado de garantizar la independencia orgánica. Como excepción a dicha regla, la Constitución de Tucumán (art. 121) sólo establece en forma genérica que la Corte Suprema ejercerá la Superintendencia de la Administración de Justicia y sus facultades en tal carácter serán las que determine la ley, criterio que consideramos inoportuno, en tanto subordina el ejercicio de actividades del Poder Judicial a la voluntad del legislador.

Tales atribuciones son:

1) *Representa al Poder Judicial.* Con excepción de las constituciones de Buenos Aires, Córdoba, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Corrientes, Formosa, Jujuy, Mendoza, Salta y Tucumán, el resto de las cartas en forma expresa acuerda a los tribunales superiores o cortes la representación del Poder Judicial. No obstante lo dicho, la omisión en las mencionadas cartas locales no los priva de tales funciones, habida cuenta de que se está en presencia de un poder independiente y, obviamente, debe estar representado por el órgano que ejerce su gobierno.

2) *Ejerce la superintendencia de la administración de justicia.* La totalidad de las cartas locales, con distintas modalidades, otorga esta atribución a las cortes o tribunales superiores. Mas es dable observar que en la mayoría de las cartas, la expresión "superintendencia", en el contexto en que está inserta, hace referencia a las tareas de vigilancia y control que, como órgano máximo y titular del gobierno del Poder Judicial, ejerce sobre toda la judicatura, lo que lleva implícita la potestad disciplinaria.

e incluso sobre los órganos auxiliares. Mas esta potestad, respecto de los magistrados y funcionarios que gozan de la garantía de la inamovilidad, es limitada a sanciones de mínima entidad como apercibimientos o multas, en el mejor de los casos. Ello así, por cuanto ante una falta o incumplimiento grave, a los fines de la destitución, procede el procedimiento de jurado o "jury de enjuiciamiento", cuyos alcances y efectos serán objeto de análisis en el capítulo correspondiente.

Tan sólo a modo de aclaración conceptual y a fin de no inducir a errores, es oportuno señalar que —en nuestro entendimiento— a la expresión "superintendencia" acuñada por las cartas locales, se le atribuye un alcance restringido, que, como hemos visto, refiere a la facultad de vigilancia y poder disciplinario. Mas cabe puntualizar que dicha expresión tiene un alcance más amplio pues, conforme al *Diccionario de la Lengua Española* (Real Academia Española), significa "suprema administración de un ramo", esto es la suma de potestades discernidas a las cortes o tribunales superiores a fines de que ejerzan el gobierno del Poder Judicial y que en el presente capítulo la analizamos bajo el acápito de "atribuciones", siendo en consecuencia las de control, vigilancia y poder disciplinario sólo una parte de ellas.

3) *Nombra y remueve a empleados y funcionarios inferiores.* También ésta es una potestad común a todas las constituciones provinciales y que resulta conveniente precisar su alcance. Como analizamos más arriba, los magistrados y miembros del Ministerio Público son designados (por lo poderes políticos, con o sin intervención del Consejo de la Magistratura) y removidos (por Jurado de Enjuiciamiento, salvo miembros de cortes o tribunales superiores que lo son por juicio político) conforme a las reglas impuestas por las propias constituciones.

De resultas de lo expuesto, la potestad en análisis sólo alcanza a los funcionarios de ley (secretarios y relatores) y demás empleados inferiores. Cabe indicar que la Carta de Corrientes (art. 187) faculta a las cámaras para nombrar y remover sus propios empleados.

Es de destacar que la Constitución de Córdoba (art. 166, inc. 7°), entre otras, establece que la designación de su personal debe efectuarse sobre la base de un procedimiento que garantice la igualdad de oportunidades y la selección por idoneidad. Del mismo modo, los procedimientos de remoción, como la aplicación de eventuales sanciones, deben respetar las garantías del debido proceso y defensa en juicio.

4) *Dictan la reglamentación interna.* Con excepción de la carta de Tucumán, todas las constituciones autorizan a las cortes o tribunales superiores a dictar el reglamento interno del Poder Judicial, lo que conforma un caso típico de facultad legisferante de segundo grado (función impropia), como modo de asegurar la eficacia en el gobierno del poder. Esta facultad, que generalmente se expresa a través de los acuerdos reglamentarios de los altos cuerpos, tiene los más diversos alcances, pues comprende desde el reglamento disciplinario y régimen de licencias para magistrados, funcionarios y empleados, hasta la regulación del funcionamiento de los órganos auxiliares de la justicia (peritos, etc.). Sin embargo, parte de la doctrina interpreta que esta potestad es más amplia y que alcanza a la posibilidad de que los máximos tribunales puedan dictar nor-

mas de tipo procesal, en caso de lagunas, vacío u oscuridad de los códigos de procedimiento o normas procesales.

5) *Eleva proyectos sobre normas de procedimiento y organización del Poder Judicial a la Legislatura.* La mayoría de las cartas locales atribuyen a los altos cuerpos facultades colegisferantes, como las de proponer directamente a la Legislatura, con carácter de iniciativa, leyes sobre materia de procedimiento, organización del Poder Judicial, servicios anexos, etc. Catamarca (art. 206), Chaco (art. 162, inc. 8°), San Luis (art. 214, inc. 7°), Salta (art. 166, inc. 7°), La Rioja (art. 140), entre otras; facultando en algunos casos, al presidente del cuerpo o a algunos de sus miembros a concurrir a las sesiones legislativas a los efectos de fundamentar los proyectos remitidos. Un matiz diferencial y criticable de esta atribución tiene la carta de Córdoba (art. 166, inc. 5°), que si bien reconocida, debe hacerla a través del Poder Ejecutivo, dependiendo, en última instancia, de la voluntad de éste para su elevación al Legislativo.

6) *Prepara proyecto de presupuesto del Poder Judicial.* Con excepción de las constituciones de Buenos Aires, Corrientes, Entre Ríos, Mendoza, Santa Cruz, Santa Fe y Río Negro, el resto de las cartas discierne esta atribución a las cortes o tribunales superiores, los que deben elevar el proyecto a los poderes políticos para su tratamiento.

Es de hacer notar que esta atribución es discernida a los altos cuerpos a partir del ciclo constituyente iniciado en 1957, no observándose en las cartas anteriores tal previsión. Va de suyo que su inclusión refleja de manera clara la tendencia de los constituyentes provinciales a asegurar cada vez más la independencia del Poder Judicial, con la asignación de los recursos suficientes para cumplir con su cometido. Es más, claro ejemplo de ello lo constituye la carta de Catamarca (art. 206, inc. 5°), en tanto dispone que el proyecto de presupuesto no puede ser modificado sin la intervención del alto cuerpo. Por su parte, Salta (art. 153) prescribe que los miembros de la Corte de Justicia tienen voz en la Legislatura cuando se trate su presupuesto. Finalmente y con el mismo afán, Tierra del Fuego (art. 156, inc. 7°) establece que el tribunal superior remite el presupuesto a los otros dos poderes, el que no podrá ser vetado por el Poder Ejecutivo.

7) *Eleva memoria anual a la Legislatura o Poder Ejecutivo.* Previsión contenida en la mayoría de las constituciones provinciales. Ahora bien, dicha atribución-deber implica, sin más, poner en conocimiento de los otros poderes, especialmente el Legislativo, la marcha y desenvolvimiento del Poder Judicial, obligación que en modo alguno debe interpretarse como un menoscabo a su independencia orgánica, habida cuenta de que ello obedece, por un lado y sin otra especulación, al admitido juego de los controles a que están sometidos, recíprocamente, los poderes del Estado en el sistema republicano. De otro costado, apunta a poner en conocimiento, en forma acabada y plena, de los problemas del funcionamiento de la administración de justicia, de modo que el Legislativo pueda tener elementos de ponderación al tiempo de aprobar el presupuesto.

8) *Crear escuelas o sistemas de capacitación de magistrados y funcionarios.* Así lo disponen las constituciones de Córdoba (art. 166, inc. 3°), Chubut

(art. 178, inc. 6°), Neuquén (art. 240, inc. I), Río Negro (art. 206, inc. 8°) y San Luis (art. 214, inc. 11); previsiones que merecen el mayor elogio en tanto conforman un instrumento idóneo para asegurar un mejor servicio de justicia a través del perfeccionamiento de los encargados de administrarla y en directa vinculación con los requerimientos de idoneidad que se exigen para la función.

En general, las hasta aquí descritas, son las atribuciones más importantes que las constituciones provinciales otorgan a las cortes o tribunales superiores, sin perjuicio de algunas particularidades expresadas en algunas cartas, que por razones de espacio no se mencionan, pero que, en todo caso, trasuntan el ejercicio del "gobierno del Poder Judicial".

VII. JUSTICIA DE PAZ

Con excepción de las constituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Rioja, Santa Fe y Tierra del Fuego, las demás cartas provinciales instituyen la justicia de paz con algunas variantes y distintas regulaciones, según prevean la justicia de paz letrada (Chaco, Chubut, Entre Ríos, Misiones, Salta, San Luis y San Juan) o lega, como la admiten la mayoría de las constituciones. En términos generales, para la justicia de paz letrada prevén idéntico régimen a los demás jueces y funcionarios que integran el Poder Judicial; mientras que para la lega, se establecen previsiones que serán objeto de análisis a continuación.

La justicia de paz lega, con escasa competencia en materia civil, comercial, laboral y contravencional, brinda la imagen de la justicia del amigable componedor, del buen padre de familia; la del juez: el ciudadano probo de los pueblos del interior, que juzgan a sus conciudadanos "a verdad sabida y buena fe guardada". No obstante ello, cabe señalar que existe una propensión en algunas constituciones provinciales a que dichas funciones sean cumplidas preferentemente por abogados, tal como lo regulan las cartas de Catamarca (art. 224), Chaco (art. 159) y Córdoba (art. 168).

1. Competencias

Con excepción de las cartas de Buenos Aires (art. 172), Catamarca (art. 223), Corrientes (art. 202), Córdoba (art. 167) y Neuquén (art. 214), que establecen que los jueces de paz intervienen en la solución de cuestiones menores o vecinales y contravenciones o faltas provinciales, las demás constituciones dejan librada a la ley la determinación de sus competencias.

No obstante ello, los constituyentes se han preocupado en fijar las pautas procedimentales que habrán de determinar su intervención, sobre la base de los siguientes principios: oralidad, inmediatez, informalidad, celeridad, accesibilidad, economía procesal y gratuidad, propendiendo dirigir su cometido a la conciliación de intereses a través del mecanismo de la mediación (Buenos Aires, art. 172; Catamarca, art. 223; Corrientes, art. 202; Chaco, art. 159; Córdoba, art. 167; Misiones, art. 148; Salta, art. 162 y Neuquén, art. 214).

2. Sistemas de designación

Distintos sistemas han adoptado las cartas locales, dando de tal modo intervención a diferentes órganos, de naturaleza eminentemente política en algunos casos o bien prescindiendo de ellos en otros. Los sistemas son los siguientes:

1. Por el Poder Ejecutivo:

1.a. A propuesta de las municipalidades: Santa Cruz, 135.

1.b. De terna vinculante del Consejo de la Magistratura con acuerdo del Senado: Buenos Aires, 173; Corrientes, 203.

1.c. Con acuerdo de la Corte de Justicia o tribunal superior: Catamarca, 225; Mendoza, 174 y Tucumán, 114.

1.d. Con acuerdo de la Legislatura: Córdoba, 169.

2. Por Consejo de la Magistratura:

2.a. Con acuerdo de los consejos deliberantes o municipalidades: Chubut, 148.

3. Por Corte Suprema o tribunal superior:

3.a. A propuesta de las municipalidades: Jujuy, 159; Neuquén, 243; Misiones, 150; Salta, 163 y San Luis, 220.

3.b. Directamente: Formosa, 169.

3.c. A propuesta en terna del Poder Ejecutivo: Santiago del Estero, 190.

4. Por elección popular: La Pampa, 100.

5. Dejan librado a la ley: El resto de las constituciones provinciales.

3. Sistemas de remoción

Cabe señalar, en primer término y en directa relación con este tópico, que las constituciones provinciales adoptan diferentes criterios respecto de la estabilidad funcional de los jueces de paz, advirtiéndose tres sistemas: a) los que establecen la garantía de la inamovilidad mientras dure su buena conducta: Buenos Aires, art. 173; Mendoza, art. 174 y Santa Cruz, art. 135; b) los que establecen la duración del mandato por período determinado: Formosa, dos años (art. 159); Salta, cuatro años (art. 163); Chubut, seis años (art. 184) y San Luis, tres años (art. 221); y c) los que lo dejan librado a la ley reglamentaria: el resto de las constituciones no mencionadas.

En lo que respecta a los órganos que tienen la competencia para remover a los jueces de paz, también existen distintos sistemas, a saber:

a) Por cortes o tribunales superiores: Catamarca (art. 206, inc. 14); Chaco (art. 162, inc. 2°); Córdoba (art. 169); Formosa (art. 169); Jujuy (art. 159); Mendoza (art. 175); Neuquén (art. 246); Salta (art. 163); San Luis (art. 221) y Santa Cruz (art. 135).

b) Por Jurado de Enjuiciamiento: Buenos Aires (art. 173); Corrientes (art. 203) y Chubut (art. 209).

c) Dejan librado a la ley: el resto de las constituciones provinciales.

VIII. MINISTERIO PÚBLICO

1. Introducción

Hacemos nuestra la conceptualización que del Ministerio Público efectúa José Daniel Godoy¹⁹ al señalarlo como el órgano estatal encargado de hacer valer ante los entes jurisdiccionales la representación y la defensa de los intereses públicos y sociales, conforme al principio de legalidad y al orden público vigente en nuestro Estado de Derecho.

Históricamente este Ministerio ha tenido reconocimiento en las constituciones provinciales, aunque con un perfil más diluido al reconocido por las modernas cartas locales. En efecto: valga como ejemplo la previsión contenida en la Constitución de Córdoba de 1923, que en el capítulo correspondiente al Poder Judicial, tenía como única referencia de la existencia del Ministerio Público, la contenida en el art. 123 que textualmente disponía: "El Superior Tribunal de Justicia estará formado por cinco vocales y un fiscal". De igual manera la actual Constitución de Santa Fe, también en forma lacónica, prescribe en su art. 84: "La Corte Suprema de Justicia se compone de cinco ministros y un procurador general".

A partir del ciclo constituyente provincial iniciado en 1986, la mayoría de las cartas locales otorgan un rol institucional más relevante a este ministerio, otorgándole funciones propias en defensa del interés social y general, tal como prescriben las constituciones de Córdoba (art. 172, incs. 1° y 2°); Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 125, incs. 1° y 2°); Salta (art. 166), entre otras.

Más allá de las previsiones específicas que contengan las constituciones, es dable señalar que al órgano en estudio se le reconocen tres funciones fundamentales: como Ministerio Público Fiscal, como Ministerio Público Pupilar y Defensoría de Pobres y Ausentes.

2. El Ministerio Público en el derecho público provincial

La doctrina y la legislación constitucional comparada reconocen diversas modalidades de inserción del Ministerio Público en las cartas fundamentales, que van desde su reconocimiento como órgano "extrapoder" (art. 120, CN); como dependiente del Poder Ejecutivo; o bien como órgano integrante del Poder Judicial, criterio adoptado por la generalidad de las constituciones provinciales, con excepción de la Constitución de Salta que en el art. 167 dispone: "En el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Público es autónomo e independiente de los demás órganos del poder público". Esta previsión normativa lo ubica más en la situación de órgano extrapoder, criterio que encuentra su refuerzo en la norma del art. 166, que en sus incs. 8° y 9° le reconoce las potestades de nombrar empleados y removerlos y de proponer y administrar su propio presu-

¹⁹ GODOY, José D., *La Constitución de Córdoba comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 149.

puesto, en clara diferenciación con las del Poder Judicial, en tanto ambas atribuciones le son discernidas a la Corte de Justicia (art. 153, inc. D).

Si bien, como se anticipó, las cartas locales insertan dicho órgano como formando parte del Poder Judicial, han sido objeto de distinta regulación en lo que respecta a sus funciones y atribuciones. Así tenemos un primer grupo integrado por las constituciones de Chaco (art. 156); Chubut (arts. 194 a 197); Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 125); Córdoba (art. 172); La Rioja (art. 138); Salta (art. 166) y Río Negro (art. 218) que en forma específica y puntual asignan funciones y atribuciones al Ministerio Público, otorgándole, de tal modo, mayor presencia institucional, en tanto ellas no pueden ser modificadas por leyes reglamentarias. Las demás cartas, si bien reconocen en algunos casos su integración, dejan librada a la ley la determinación de sus funciones.

A más de lo dicho, cabe poner de resalto —sin perjuicio de la mención precedente a la Carta de Salta— que las constituciones de Catamarca (art. 200); Chaco (art. 156); Chubut (art. 194); Ciudad de Buenos Aires (art. 124); La Rioja (art. 138); Santiago del Estero (art. 202) y Río Negro (art. 215) prescriben que el Ministerio Público forma parte del Poder Judicial con autonomía funcional, añadiendo las de Ciudad Autónoma de Buenos Aires y La Rioja que gozan, además, de autarquía financiera, dejando librada a la ley su implementación.

3. Integración

Diferentes criterios adoptaron los constituyentes respecto de la integración del Ministerio Público, pudiendo distinguirse en primer término aquellas cartas que sólo refieren a los miembros que habrán de actuar ante las cortes o tribunales superiores, tales como lo regulan Chaco, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, La Rioja, Mendoza, Misiones, Salta, Santa Cruz, Santiago del Estero, Santa Fe, Río Negro, Tierra del Fuego y Tucumán, dejando librada a la ley la determinación de los órganos inferiores que lo componen. El resto de las cartas refieren que el órgano se integra, además, con fiscales de cámara, fiscales, asesores y defensores.

4. Duración del mandato

La casi totalidad de las cartas provinciales extienden la garantía de la inamovilidad mientras dure su buena conducta a los miembros del Ministerio Público, previsión plausible en tanto y en cuanto para el ejercicio de sus funciones deben gozar de las mismas garantías de independencia que los magistrados, atendiendo a que integran los poderes judiciales provinciales. Mas cabe señalar que existen dos excepciones a la regla general que están establecidas por las constituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Córdoba. La primera de las mencionadas (art. 126) prescribe que el fiscal general y el defensor general duran siete años en sus funciones, y el defensor general es elegido con intervalo

prescribe que el fiscal general dura en sus funciones cinco años y puede ser designado nuevamente.

Tales previsiones normativas, en lo que respecta a la limitación de la duración del mandato de los máximos representantes del Ministerio Público, resultan objetables en tanto y en cuanto, como bien lo sostiene José Daniel Godoy²⁰, se encuentran reñidas con el sistema de gobierno republicano, en tanto se sujeta a los mencionados funcionarios a las conveniencias políticas del gobierno de turno, además de afectar sensiblemente el principio liminar de independencia del Poder Judicial, del cual forman parte.

5. Funciones

También en este aspecto existen diferencias notorias en las cartas provinciales, en tanto un primer grupo las deja libradas a la ley, tal como ocurre con las de Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Misiones, Neuquén, San Luis, San Juan, Santa Cruz, Santa Fe, Tierra del Fuego y Tucumán.

Las demás constituciones establecen en forma puntual y específica cuáles son las funciones que le disciernen al órgano en general y que pueden sintetizarse en el siguiente cuadro:

1. Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, del interés de la sociedad y los derechos de las personas: Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 125); Chubut (art. 195); Córdoba (art. 172); La Rioja (art. 138); Río Negro (art. 218); Salta (art. 166) y Santiago del Estero (art. 203).
 2. Custodiar la jurisdicción y competencia de los tribunales provinciales y velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante aquéllos la satisfacción del interés social: Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 125); Chubut (art. 195); Córdoba (art. 172); Río Negro (art. 218); Salta (art. 166) y Santiago del Estero (art. 203).
 3. Dirigir la Policía Judicial: Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 125); Chubut (art. 195) y Córdoba (art. 172).
 4. Accionar en defensa y protección del medio ambiente e intereses difusos: Salta (art. 166) y Santiago del Estero (art. 203).
 5. Velar por las garantías y derechos humanos en cárceles: Salta (art. 166) y Santiago del Estero (art. 203).
 6. Velar por el respeto de los derechos, deberes, principios y garantías constitucionales, estando legitimado para demandar la inconstitucionalidad de la ley, decreto o acto de cualquier autoridad pública provincial o municipal: Santiago del Estero (art. 203).
- Tales, pues, las funciones de carácter general atribuidas al Ministerio Público.

²⁰ Godoy, José D. *La Constitución de Córdoba comentada*, cit., p. 153.

Sin embargo, algunas constituciones disciernen funciones específicas a los titulares del órgano. Así la de Chaco (art. 156) le otorga las de instar la actuación de fiscales y defensores, emitir instrucciones generales a éstos y que no afecten su independencia de criterio y ejercer la superintendencia del Ministerio Público con facultades disciplinarias limitadas a apercibimientos y multas.

Por su parte, la carta de Chubut (art. 195) le otorga al procurador general fijar las políticas de persecución penal; expedir instrucciones generales a los inferiores y ejercer la superintendencia del Ministerio. Por su parte, al defensor general le discierne la de fijar las políticas en resguardo del debido proceso y la defensa en juicio y la defensa de los intereses de los pobres, ausentes, menores y demás incapaces, además de la superintendencia. Finalmente, el art. 197 autoriza al procurador general y al defensor general, en el ámbito de sus respectivas competencias, a disponer la actuación conjunta de distintos fiscales y defensores, aun de diversas jerarquías y asientos, para la mejor preparación de la acción penal pública y el mejor resguardo de los derechos y defensa de las personas.

La Constitución de Córdoba (art. 171) discierne al fiscal general la facultad de fijar las políticas de persecución penal e instruir a los fiscales inferiores sobre el cumplimiento de sus funciones.

La Carta de La Rioja (art. 138) faculta al fiscal general y defensor general, que actúan ante el Superior Tribunal de Justicia, a ejercer la superintendencia del Ministerio Público.

La Constitución de Río Negro (art. 215) establece que el procurador general fija las políticas de persecución penal, expide instrucciones generales a los fiscales inferiores y tiene a su cargo la superintendencia del Ministerio Público.

Finalmente, cabe señalar que algunas constituciones prevén que las funciones discernidas al Ministerio Público, ya de carácter general o bien a sus titulares, deben ser cumplidas con arreglo a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica: Chubut (art. 194); Córdoba (art. 171); La Rioja (art. 138); Santiago del Estero (art. 202) y Río Negro (art. 215).

Los principios de legalidad e imparcialidad, que debe presidir todo acto por parte de quien ejerce la función judicial, tienden a aventar toda posibilidad de que los miembros del Ministerio Público realicen actos discrecionales o contrarios a la ley.

En lo que respecta al principio de unidad de actuación, ello implica, como bien lo señala José Daniel Godoy²¹, afianzar la independencia de los miembros del Ministerio Público en una gestión más ágil y eficaz, ya sustituyéndose unos a otros, o bien comisionados por el jefe del órgano para la actuación conjunta de los fiscales ante causas complejas, con prescindencia de las jerarquías e instancias en que cada uno de ellos actúen.

²¹ GODOY, José D., *La Constitución de Córdoba comentada*, cit., p. 151.

Finalmente, el principio de dependencia jerárquica está dado en función de la potestad del jefe del Ministerio Público (fiscal general, procurador general o defensor general), de fijar las políticas de persecución penal o en defensa de los pobres, menores o ausentes y la correlativa facultad de dar instrucciones a los miembros inferiores del órgano.

Como se advierte de su sola lectura, los dos últimos principios, consagrados constitucionalmente, denotan de forma prístina la distinta concepción que han tenido en cuenta los constituyentes para la estructuración del Ministerio Público, respondiendo a un esquema de neto corte vertical; ello a diferencia de la magistratura, en la que el juez está exento de toda subordinación jerárquica y ningún órgano jurisdiccional de rango superior puede influir ni censurar en la interpretación y aplicación que de las normas realicen sus inferiores, salvo, claro está, la hipótesis de que actúen como órganos de alzada a través de las vías recursivas autorizadas por las leyes procedimentales.

IX. CONCLUSIÓN

Cuando en 1985 abordamos esta misma temática²², reclamábamos un esfuerzo superador de los operadores jurídicos tendientes a lograr la modernización del Poder Judicial, como así también la restauración de la diluida imagen del Ministerio Público. Hoy, a más de veinte años de aquel reclamo, advertimos que los constituyentes provinciales, al menos en su mayoría, han sabido aquilatar la necesidad imperiosa de una justicia más idónea y sobre todo independiente. La recepción constitucional de los consejos de las magistraturas, órganos extrapoderes que, con integración pluralista y democrática, se encargan de los procesos de selección de magistrados y funcionarios, aventando de tal modo la injerencia predominantemente política en la designación de los jueces; el fortalecimiento del Ministerio Público con la dotación de funciones y atribuciones que propenden a procurar la satisfacción del interés social y la salvaguarda del interés público; conforman, entre otros, avances significativos tendientes a afianzar la independencia del Poder Judicial.

Empero, tales logros requieren, además, la asignación de los medios y recursos suficientes para dotar a los órganos jurisdiccionales de una estructura más eficiente y acorde con la creciente complejidad de la función en los tiempos actuales, de modo de dar respuesta acabada a las exigencias sociales y a las transformaciones futuras.

Y ello es hoy, todavía, una asignatura pendiente.

²² ZAVALÍA, Clodomiro, "Poder Judicial", cit., p. 283.

JURADO DE ENJUICIAMIENTO

por RICARDO ALBERTO VERGARA *

I. INTRODUCCIÓN

Los doctrinarios del derecho constitucional, desde vieja data, enseñan que la responsabilidad de los funcionarios, como dogma esencial del sistema republicano (art. 1º, CN), se funda en el concepto del Estado de Derecho. Aristóbulo del Valle ¹ sostenía que la responsabilidad de los gobernantes aparece entre las seis características definitorias, junto con el principio de la soberanía popular, la separación de poderes, la igualdad ante la ley, la periodicidad de los mandatos y la publicidad de los actos.

Más recientemente y con relación al tema de la responsabilidad, Jorge Vannossi señala una regla de oro en el ámbito de los sistemas democráticos constitucionales, según la cual a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigoramiento de los controles. Pero —añade— dicha regla no quedaría completa si se omite el agregado correspondiente a la última instancia del *iter* o proceso gubernamental: la etapa de las responsabilidades. El enunciado completo de la regla debe ser: a mayor poder corresponde mejor control y debe exigirse mayores responsabilidades. “Sólo así cabe esperar que no se produzca una tergiversación de los roles y funciones estatales, a causa de la insuficiente exigencia de responsabilidad de los gobernantes y demás funcionarios auxiliares del Estado” ².

En esa línea de pensamiento, y siguiendo el autor citado, es dable afirmar que el control es la antesala de la responsabilidad y, recíprocamente, la responsabilidad es la consecuencia necesaria de la etapa del control, porque imaginar control sin la responsabilidad es tan disparatado y frustrante como sostener la existencia de derechos sin asegurarlos mediante garantías ³.

En el presente capítulo, la preocupación apunta al estudio de los mecanismos de control y procedimiento a los efectos de determinar la responsabilidad de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial, en el marco normativo del

¹ Citado por LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. VI, Alfa, Buenos Aires, 1956, p. 175.

² VANOSI, Jorge, *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Eudeba, Buenos Aires, 1982, p. 97.

³ VANOSI, Jorge, *El Estado de Derecho...*, cit., p. 93.

* Ex Secretario del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Ex Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán. Vocal de la Excma. sala I de la Cámara del Trabajo de la Provincia de Córdoba. Profesor Adjunto de la Cátedra B de Derecho Público Provincial y Municipal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de la Maestría en Desarrollo Urbano, Facultad de Arquitectura y Urbanismo, Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

derecho público provincial, el cual presenta adelantos significativos, tales como la creación de órganos específicos para la realización de tales cometidos, con la creación de mecanismos adecuados a la naturaleza peculiar de sus funciones, tal como lo aconsejara antaño Carlos Sánchez Viamonte ⁴.

II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS Y MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL

Los magistrados y funcionarios del Poder Judicial, al igual que todo funcionario del Estado, en el desempeño de su cometido, están sometidos a un ordenamiento jurídico que les acuerda derechos y prerrogativas, así como también obligaciones y deberes a cumplir y cuya trasgresión habrá de generarles una forma específica de responsabilidad. Ella será de derecho público o de derecho privado, según la naturaleza de la norma trasgredida; lo cual permite elaborar una clasificación de las responsabilidades en: civil, penal, administrativa y política.

1. Responsabilidad civil

En el derecho comparado existen diversos sistemas: el francés limita esa responsabilidad funcional del funcionario en razón de la naturaleza del acto que la genera, atribuyéndola al Estado en ciertos casos. Así la responsabilidad es de la Administración cuando la falta cometida por el funcionario es de servicio, leve e indivisible, y recae en éste cuando la falta es personal, grave y separable.

En el sistema alemán, al igual que el argentino, la responsabilidad de los funcionarios está regida por el Código Civil y se produce cuando cierta actividad de éstos ocasiona un daño, sea a los administrados, a otros funcionarios o incluso al propio Estado ⁵. Está prevista en el art. 1112, CCiv. argentino, que establece: “Los hechos y omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este título”.

Del concepto enunciado y con relación a los magistrados y funcionarios judiciales, se pueden distinguir dos situaciones puntuales: la responsabilidad hacia terceros a quienes su obrar disvalioso causa un daño, estando éstos habilitados a dirigirse en contra de aquéllos en forma directa. En este sentido, algunas constituciones prevén la competencia originaria de los tribunales superiores o cortes de justicia para entender en las acciones de responsabilidad civil

⁴ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, Kapeluz, Buenos Aires, 1956, ps. 252 y 253.

⁵ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 2º ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 384.

promovidas contra magistrados y funcionarios, con motivo del ejercicio de sus funciones y sin necesidad de remoción previa: Córdoba (art. 165, inc. 3°); Jujuy (art. 164, inc. 3°); Salta (art. 152, inc. 1°); Santiago del Estero (art. 193, inc. e)). La otra es la responsabilidad del agente hacia el Estado, en cuyo caso ésta puede generarse por dos vías: por el daño causado a la administración, o bien, que ésta repita del funcionario o magistrado la indemnización que debió pagar a un particular por el daño ocasionado por el agente ⁶.

2. Responsabilidad penal

Este tipo de responsabilidad existe, al decir de Marienhoff ⁷, cuando el acto irregular del funcionario, o en este caso magistrado, constituye un delito previsto en el Código Penal o en leyes especiales. Si bien este tipo de responsabilidad, al igual que la civil y administrativa, no es el objeto esencial de estudio, no es menos cierto que la mayoría de las constituciones provinciales determina como causal de enjuiciamiento de magistrados y funcionarios la comisión de delitos (entre otras, Buenos Aires, 182; Catamarca, 216; Chubut, 165; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 122; Chaco, 154; Córdoba, 154; Corrientes, 197; Entre Ríos, 169; Jujuy, 172; Salta, 160; San Luis, 224; etc.).

3. Responsabilidad administrativa

Es la generada por el acto irregular de un agente o funcionario público que trasgrede una obligación impuesta legalmente y que lesiona, en definitiva, el correcto funcionamiento o desempeño de la función administrativa. Este tipo de responsabilidad se hace efectiva por medio de la potestad disciplinaria de la Administración, en sus diversos órdenes y aun en las distintas jerarquías. Mas es oportuno señalar que los magistrados y funcionarios del Poder Judicial pueden ser pasibles de responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la política que le pudiere caber a través de los procedimientos de jurado de enjuiciamiento establecidos en las constituciones provinciales. Así, un magistrado o funcionario judicial puede ser apercibido por una falta leve que no constituye causal de enjuiciamiento, por los superiores tribunales o cortes de justicia, en virtud de las potestades disciplinarias conferidas por las cartas locales (ver: Atribuciones de los tribunales superiores o cortes en el capítulo "Poder Judicial"); todo ello sin perjuicio de que su reiteración *a posteriori*, pueda derivar en responsabilidad política.

⁶ En tal sentido y para profundizar el tema: MOSSET ITURRASPE, Jorge - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - PERALLADA, Carlos, *Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986; TAWIL, Guido S., *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1989; entre otros.

⁷ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. I, p. 38.

4. Responsabilidad política

a) Fundamentos

Como principio fundamental de la forma republicana de gobierno, Juan A. González Calderón señala el de la responsabilidad de los funcionarios ante sus comitentes, los electores y la Nación ⁸ y que donde haya un poder de gobierno, cualquiera sea el departamento de que se trate, debe haber una responsabilidad. En coincidencia con lo expresado, Rafael Bielsa ⁹ sostiene que hasta el último de los funcionarios es responsable de sus actos como órgano del Estado, efectuando una síntesis entre el principio republicano y el representativo, fundado en la soberanía del pueblo del cual los gobernantes por él elegidos o designados por los elegidos (magistrados y funcionarios del Poder Judicial) son sus mandatarios, agentes o gestores.

Pero la síntesis respecto de este tema la expresa Juan Bautista Alberdi al sostener: "La responsabilidad de los encargados de todo poder público es otro medio de prevenir sus abusos. Todo el que es depositario o delegatario de una parte de la soberanía popular debe ser responsable de infidelidad o abusos cometidos en su ejercicio. Para que la responsabilidad sea un hecho verdadero, y no una palabra mentirosa, debe estar determinada por la ley con toda precisión; deben existir penas señaladas para los abusos de los mandatarios, jueces que la apliquen y leyes que regulen el procedimiento del juicio político. Sin estos requisitos, la responsabilidad es ineficaz; y el abuso, alentado por la impunidad nacida del vicio de la legislación, viene muy tarde a encontrar su castigo en la insurrección, remedio más costoso a la libertad que lo aplica que al poder que lo recibe" ¹⁰.

Si bien los diferentes tipos de responsabilidades son jurídicos, la política tiene características netamente diferentes de las demás, por dos motivos fundamentales: 1) porque las constituciones (nacional y provinciales) limitan este tipo de responsabilidad a un número reducido de agentes del Estado; y 2) porque el mecanismo para hacerla efectiva (juicio político o jurado de enjuiciamiento) tiene como única finalidad la remoción o destitución del funcionario o magistrado, por las causales previstas en las constituciones, sin perjuicio de la responsabilidad residual que pudiere caber en materia civil o penal. Puede establecerse, cuando más y mediante los mencionados procedimientos, una sanción de naturaleza accesorio: la inhabilitación para ocupar cargos públicos o de honor, de confianza o a sueldo de la Nación o provincia (arts. 60, CN; 199, Constitución de Corrientes, entre otras).

De lo expresado se colige que el efecto principal del juicio político, genéricamente considerado, no implica una sanción como los demás tipos analiza-

⁸ GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional argentino*, t. I, 3ª ed., 1930, p. 429.

⁹ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 282.

¹⁰ ALBERDI, Juan B., *Derecho público provincial argentino*, parte 1ª, cap. IV, parágrafo 9.

122

dos, sino que se trata, al decir de Humberto Quiroga Lavié, de la privación de una competencia pública que no se ejerce a título de derecho subjetivo propio, sino como un derecho público subjetivo en representación de la comunidad, ya que perder la competencia no implica la pérdida de un bien para el sujeto que la ejerce, sino cesar en la representación pública de la comunidad ¹¹.

b) Instrumentos para su determinación

El mecanismo tradicional para la determinación de la responsabilidad política es el del juicio político, adoptado en la Constitución Nacional en los arts. 53, 59 y 60 para el presidente, vicepresidente, jefe de gabinete de ministros, los ministros y los miembros de la Corte Suprema; mientras que para los jueces de los tribunales inferiores de la Nación por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal (art. 115).

Las provincias, en la mayoría de las constituciones, establecen un mecanismo semejante a la Constitución Nacional, disponiendo el juicio político para los gobernadores, vicegobernadores, ministros, fiscal de Estado, miembros de las cortes o tribunales superiores; y jurado de enjuiciamiento (Córdoba, art. 159; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 121; etc.) o tribunal de enjuiciamiento (Chubut, art. 209) para los magistrados o funcionarios inferiores del Poder Judicial.

Esta hermenéutica constitucional fue adoptada sustancialmente por las provincias y elogiada por doctrina constitucional que proclamaba la adopción de idéntico criterio para la Constitución Nacional ¹², el que, en definitiva, fue finalmente receptado en la reforma de 1994.

Sostiene Vanossi que el problema de la determinación de la responsabilidad está situado, esencialmente, en la aptitud de los medios, ya que el principio no se discute. La adecuada implementación instrumental —agrega— es primordial para no malograr el principio rector, por lo que la técnica constitucional tiene el deber de acierto en el hallazgo de los procedimientos y de los órganos para alcanzar la efectivización de esa idea ¹³. Y en coincidencia con César Enrique Romero, señala el autor citado que los miembros del Poder Judicial, en un sistema republicano y democrático-constitucional, deben estar sujetos al principio de responsabilidad, en términos equivalentes a los de los demás gobernantes, aunque tomando en consideración su peculiar circunstancia de pertenecer a ese Poder del Estado y la de no ser, en principio, funcionarios “políticos” del gobierno. Pero, añade Vanossi, además de razones principistas, militan a favor de este desglose de competencias ventajas de efectividad, que

recomiendan generalizar el régimen de los jurados de enjuiciamiento, que es una saludable experiencia del derecho público provincial ¹⁴.

La reflexión del autor nos lleva al controvertido tema de la sustancia de la función jurisdiccional, pues en razón de ella es que habrá de determinarse también la naturaleza de la responsabilidad de los magistrados y funcionarios y el mecanismo adecuado para determinarla.

Sagiés afirma enfáticamente que el Poder Judicial es político y sus decisiones también políticas en cuanto es órgano del poder estatal y sus pronunciamientos deben proyectar la concepción doctrinaria que cubre la legislación y la actividad estatal. Pero señala que aparte del papel genérico —como órgano del Estado— que pueda corresponder al Poder Judicial, le asigna un rol político específico, como es ejercer el control de constitucionalidad sobre la acción de los otros poderes, en cuyo caso —añade— tal atribución lo perfila como “poder político” en el sentido de que actúa como “poder control” o “poder moderador”. Indica además, en abono de su postura, la función de la Corte Suprema de Justicia como intérprete final de la Constitución (en las provincias: las cortes o tribunales superiores, respecto de sus constituciones), asumiendo así un papel definitivamente político, ya que sus decisiones contribuyen a delinear los rasgos fundamentales de la arquitectura estatal y pueden delimitar los ámbitos de poder de cada uno de los órganos de gobierno, a tal punto que en dicho carácter —concluye— es competente para entender en los conflictos de poderes ¹⁵.

Un significativo aporte sobre el tema lo realiza Carlos Sánchez Viamonte al sostener: “En nuestra opinión, la defensa constitucional es una función jurídica, de naturaleza jurisdiccional que incumbe a magistrados judiciales”, para agregar luego: “El gobierno, como acción, es siempre función legislativa o ejecutiva. El Poder Judicial sólo tiene a su alcance una función de control que únicamente es posible ejercer en forma negativa respecto de la acción positiva de los otros poderes” ¹⁶. El citado autor, refiriéndose a la carta de Estados Unidos, señala que “ha querido investir al Poder Judicial de un carácter singular, como guardián de la Constitución o, más claramente, guardián del poder constituyente en ejercicio, operante como formación jurídico-institucional. En tal carácter es un poder *sui generis*. No es del todo un poder subordinado, en la medida en que lo son los poderes políticos (legislativo y ejecutivo), no obstante ser, como ellos, ‘poder constituido’. Su poder jurídico consiste en el mantenimiento de la soberanía jurídica, como expresión de la voluntad constituyente en actividad, exteriorizada en las cláusulas de la Constitución” ¹⁷.

¹⁴ VANOSSI, Jorge, *El Estado de Derecho...*, cit., p. 103.

¹⁵ SAGÜÉS, Néstor P., “Politicidad y apoliticidad de la decisión judicial”, LL 1981-944 y 945, secc. Doctrina.

¹⁶ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El constitucionalismo. Sus problemas*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, ps. 92 y 99.

¹¹ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1978, p. 551.

¹² ROMERO, César E., *Derecho constitucional*, Zavalia, Buenos Aires, 1975, p. 176.

¹³ VANOSSI, Jorge, *El Estado de Derecho...*, cit., p. 103.

Sin ánimo de profundizar la naturaleza de la función jurisdiccional, y sobre la base de los conceptos doctrinarios expuestos, cabe sostener que si bien es cierto que la función del Estado, genéricamente considerada, tiene naturaleza esencialmente política y, por ende, la forma de expresar su voluntad por medio de sus órganos es política, no lo es menos que, atendiendo la función específica de cada uno de los poderes, modo de ejercerla, mecanismos de designación de sus miembros, etc., permite señalar claras diferencias entre los poderes tradicionalmente denominados "políticos" (ejecutivo y legislativo) y el Poder Judicial.

Así, la forma de ejercicio de los dos primeros presenta la característica que sus modos naturales de expresión de su voluntad, se rigen generalmente por criterios de conveniencia y oportunidad; mientras que la función jurisdiccional se ejerce interpretando el ordenamiento jurídico vigente, ya de orden superior (Constitución), ya inferior (ley civil, penal, laboral, etc.).

Como ejemplos típicos del primer supuesto (función política) cabe señalar la declaración de estado de sitio, la intervención federal a una provincia o bien la adopción por el órgano ejecutivo de determinadas medidas económicas (restricción de gasto público, congelamiento de vacantes, etc.).

En la actividad jurisdiccional, no concurren aquellos criterios de conveniencia y oportunidad, ya que ella se cumple dentro de los límites precisamente demarcados por el ordenamiento jurídico formal y sustancial, tal como está representado en la ciencia y conciencia del juez que aplica el derecho.

Anticipamos al abordar el tema de la "independencia" que esta tarea no reconoce sujeciones ni limitaciones impuestas por organismos de rango superior, aun en el acto de declarar la inconstitucionalidad de la ley, que es considerado "político" por alguna doctrina. Y es precisamente en el ejemplo propuesto donde se puede distinguir con mayor nitidez la naturaleza de ambas funciones. El juez, al declarar inconstitucional la norma, lo hace en referencia al caso concreto, sin que el pronunciamiento tenga alcance *erga omnes*. Frente a ello, el Poder Legislativo, haciendo uso de su facultad eminentemente política y sobre la base de los criterios de conveniencia y oportunidad, puede asumir diversas posturas: revisarla, derogarla o bien mantener su vigencia.

Tampoco resulta ajena a esta disquisición la forma de designación de los miembros de los distintos poderes, ya que los representantes del legislativo y ejecutivo, al tener base electiva popular, responden a una naturaleza eminentemente política. Mientras que en el caso de los integrantes del Poder Judicial, en la normativa de las constituciones Nacional y provinciales, es atribuida, en términos generales, al Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado o la Legislatura, con intervención de los consejos de la magistratura, con la clara finalidad de sustraer la injerencia eminentemente política en la designación de los miembros de dicho poder.

Como se manifestara más arriba, tales consideraciones se orientan a señalar, puntualmente, que la gestión del Poder Judicial presenta características propias y diferenciadas de la política. Llegaron los GIGAS que tu celu pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar

bilidad que genera dicha actividad también es específica y diferente de aquella: la judicial y jurisdiccional que requiere, a su vez, un procedimiento y un órgano encargado de juzgarlo, aptos y en directa relación con el ministerio que se investiga. Así lo han interpretado los constituyentes provinciales al crear un mecanismo específico de determinación de responsabilidad judicial: el jurado o jury de enjuiciamiento.

Sin embargo, todas las cartas locales que adoptan tal sistema someten a juicio político a los miembros de los superiores tribunales o cortes, identificando la responsabilidad de los mismos con la de los gobernadores y ministros. Sagués, en crítica que compartimos, sostiene: "Cabe desechar el mantenimiento del denominado clásicamente juicio político, con relación a los jueces, tramitado como regla general ante el Poder Legislativo. No es aconsejable, en efecto, que el órgano controlante de la constitucionalidad de las normas, sea removido por el órgano controlado, autor de ellas. Además, tampoco resulta conveniente, en pro de una auténtica división de los poderes, dejar en manos del Legislativo, cuya composición y operatividad fluctúa en razón de las cambiantes situaciones partidarias y electorales, la suerte de un poder más profesional y estable (puesto que sus titulares son habitualmente vitalicios) como es el judicial, que debe mantenerse —para cumplir sus roles institucionales y jurídicos— apartado de los conflictos y contiendas comiciales, propias en cambio, del Parlamento"¹⁸.

De tal modo, queda exento de análisis en el presente capítulo la responsabilidad de los miembros de las cortes o tribunales superiores, limitándose el tratamiento a la de los magistrados inferiores, cuya determinación se efectúa a través del Jurado de Enjuiciamiento.

III. JURADO DE ENJUICIAMIENTO

Con excepción de la Constitución de La Rioja (art. 105), que establece el procedimiento del juicio político para determinar la responsabilidad de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial, el resto de las cartas locales adoptan el mecanismo del Jurado de Enjuiciamiento. Particular consideración merece las cartas de Chaco (art. 167, inc. 2°); Río Negro (art. 222) y Tierra del Fuego (art. 161, inc. 5°), que disciernen tal atribución al Consejo de la Magistratura, conforme al procedimiento que la ley determine.

Cabe observar, de acuerdo con la sistematización a efectuarse, que las constituciones que adoptan esta institución no han seguido un criterio uniforme respecto del tribunal de juzgamiento, como el procedimiento a seguir. Valgan como ejemplo las cartas de Jujuy (arts. 174 a 177); San Luis (arts. 226 a 233) y Santiago del Estero (art. 196), que incurren en un excesivo reglamentarismo,

¹⁸ SAGÜÉS, Néstor P. "Poder Judicial. Bases para su reforma", en *La reforma de las constituciones provinciales*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Banco Social, Córdoba, abril de 1985.

123

regulando aspectos de neto corte procesal, que sería más conveniente derivarlos a la ley reglamentaria. En el otro extremo, las constituciones de Catamarca (art. 216); Formosa (art. 175); Neuquén (art. 269); Río Negro (art. 222); Tierra del Fuego (art. 162) y Tucumán (art. 125) dejan el procedimiento librado a lo que determine la ley. Empero, más allá de los mencionados rasgos diferenciales, media uniformidad en lo que respecta a las causales de remoción, como se verá a continuación.

1. Funcionarios que comprende

1. Magistrados y funcionarios inferiores: esto es, jueces de cámara, de primera instancia y miembros del Ministerio Público. Así lo establecen todas las constituciones, con excepción de la señalada más arriba que los someten a juicio político.

2. Miembros de los Tribunales de Cuentas: Buenos Aires (art. 159); San Juan (art. 229); Entre Ríos (art. 170); Mendoza (art. 185).

3. Contador y tesorero de la provincia: Entre Ríos (art. 170); Misiones (art. 158); San Juan (art. 229).

4. Fiscal de Estado: Entre Ríos (art. 170); Misiones (art. 158).

5. Director general de escuelas y vocales del Consejo General de Educación (Entre Ríos, art. 170).

6. Asesor de gobierno (Mendoza, art. 180).

2. Causales

En términos generales, las constituciones provinciales son contestes en enumerar las causales de remoción de magistrados y funcionarios del Poder Judicial. Ellas son: comisión de delitos, mal desempeño, falta o negligencia grave, desconocimiento inexcusable del derecho, inhabilidad física o psíquica y morosidad. Como dato a destacar, la carta de Formosa (art. 176, inc. 4º) incluye el desorden de conducta y el ejercicio de actividades incompatibles con el decoro y dignidad de la función judicial; mientras que la Constitución de Santiago del Estero (art. 179) menciona las de abandono de funciones y cumplimiento de edad máxima de 70 años. A continuación se analizará en forma sucinta cada una de las causales, sin perjuicio de que, para un estudio más acabado del tema, es recomendable acudir al excelente trabajo de Marcelo Novillo Corvalán¹⁹.

a) Comisión de delitos comunes

La totalidad de las constituciones provinciales establece esta causal de remoción de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial. Cabe destacar la

¹⁹ NOVILLO CORVALÁN, Marcelo, *Procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento de la provincia de Córdoba*, Advocatus, Córdoba, 1999.

particularidad que presentan las cartas de Buenos Aires (art. 187); Entre Ríos (art. 179); Mendoza (art. 167) y San Luis (art. 233), que prevén que cuando los magistrados y funcionarios fueren acusados por este motivo, se procederá a la suspensión de sus funciones o desafuero, hasta tanto se pronuncien los tribunales competentes. Ello implica que si el juez penal absuelve o declara inocente al imputado, el jurado de enjuiciamiento no puede destituirlo, salvo que quede un remanente de responsabilidad que pueda quedar enmarcado en alguna de las otras causales de destitución.

b) Mal desempeño

Según la jurisprudencia de los tribunales de enjuiciamiento, por lo general conforma la causal más común de destitución de magistrados y funcionarios, ello en la medida en que abarca una amplitud de supuestos que van desde las conductas que no son acordes con el ejercicio de la función judicial, hasta actitudes o proceder que el magistrado adopte, aunque ellas no se correspondan con su actividad funcional, pero que en alguna medida la afecte o perjudique. Conceptualmente, en definitiva, el mal desempeño está en directa relación con el deber de dedicación a la función, o bien, como lo señala José María Santa Cruz, respecto de las incompatibilidades, acatamiento al orden jerárquico y obediencia, trato correcto y conducta moral irreprochable²⁰. Recuérdese el supuesto ya mencionado de la carta de Formosa (art. 176, inc. 4º) que refiere al desorden de conducta o ejercicio de actividades incompatibles con el decoro y dignidad de la función judicial. En tales hipótesis quedan enmarcadas, según algunas leyes reglamentarias, la asistencia a lugares de juego o casa de citas, entre otras.

c) Falta o negligencia grave

Como bien lo señala Novillo Corvalán, esta causal supone una conducta u omisión del magistrado o funcionario relacionada con su actividad, en la que, habiendo inobservado los recaudos que la función exige, produce un perjuicio considerable, ya sea en el plano personal o institucional y comprende la falta de diligencia y la falta de previsión de lo que es previsible²¹. De otro costado, no es ocioso señalar que tanto el mal desempeño como la falta o negligencia deben tener entidad superlativa, esto es, ser de una gravedad tal que amerite su procedencia. Ello habida cuenta de que dichas disfunciones se producen en general en procesos judiciales, que tienen sus remedios acudiendo a los recursos que en las distintas instancias prevén las leyes procesales.

²⁰ SANTA CRUZ, José M., *El poder disciplinario judicial*, Astrea, La Plata, p. 27.

²¹ NOVILLO CORVALÁN, Marcelo, *Procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento...*, cit., p. 21.

d) Desconocimiento inexcusable del derecho

Esta causal, prevista por la mayoría de las cartas locales, para su procedencia y admisibilidad requiere la concurrencia simultánea de dos presupuestos esenciales: que el desconocimiento sea injustificable y a la vez reiterado. Va de suyo que queda exenta de la causal la interpretación que el juez o funcionario pueda hacer de una norma o cuerpo legal, dando sus fundamentos; pues en tales supuestos, también el afectado puede encontrar remedio en las vías recursivas procesalmente establecidas. La reiteración se erige en un elemento fundamental para la configuración de la causal, pues no deja de ser frecuente que un magistrado o funcionario, frente al fárrago de legislación que en distintas materias dicta el Congreso de la Nación, generalmente en forma inorgánica y deficientemente publicadas, pueda aplicar una norma derogada, situación que denota mera contingencia que no amerita la procedencia del mecanismo de remoción.

e) Inhabilidad física o psíquica

Sólo algunas constituciones contemplan esta causal: Chaco (art. 154); Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 122); Córdoba (art. 154); Formosa (art. 176); San Luis (art. 224); Santiago del Estero (art. 178); Río Negro (art. 189) y Tierra del Fuego (art. 162). Como sostuvimos con anterioridad²², se trata de una causal de remoción que no reconoce demasiados antecedentes en la jurisprudencia, en la medida en que aparece como poco probable que un magistrado o funcionario judicial, con un impedimento físico que le impida el correcto desempeño del cargo, insista en permanecer en sus funciones. Va de suyo que la incapacidad física debe presuponer alguna alteración de tipo psíquico, ya que de no ser así, y estando el magistrado en pleno uso de sus facultades intelectuales, no amerita su remoción por una mera discapacidad, so riesgo de incurrir en discriminación inaceptable.

f) Morosidad

La establecen las cartas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 122); Córdoba (art. 154); Formosa (art. 176, inc. 3°); Salta (art. 160); San Luis (art. 224); Santiago del Estero (art. 178) y Tierra del Fuego (art. 162). Esta causal deviene como consecuencia de que la mayoría de las constituciones disponen la obligación de los jueces y funcionarios de fallar o pronunciarse en los plazos que las leyes establecen (ej.: Córdoba, art. 155, entre otras). De otro costado, como bien lo señala el convencional Ricardo Muñoz²³, la previsión normativa está dirigida al juez ilegítimamente moroso, para proteger a los justiciables legítimamente ansiosos.

²² FRÍAS, Pedro J., *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 301.

²³ *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de Córdoba*, t. I, 1986, ps. 794 y 795.

3. Integración y procedimiento

Se afirmó más atrás que no media unidad de criterio en los constituyentes respecto de la integración y procedimientos en el jurado de enjuiciamiento de magistrados y funcionarios, lo cual nos lleva a efectuar una sintética sistematización, al menos de las principales constituciones, en sus aspectos esenciales. Sin embargo, media unanimidad en lo que respecta a los efectos de los pronunciamientos del jurado y que sólo tienen por consecuencia la destitución de los encartados y, eventualmente, inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos.

1. Buenos Aires:

a) *Tribunal*: once miembros que podrá funcionar con un número no inferior a seis.

b) *Integración*: presidente de la Suprema Corte de Justicia que lo preside; cinco abogados de la matrícula y cinco legisladores abogados.

c) *Designación*: legisladores y abogados por sorteo en acto público. Los primeros por el presidente del Senado; los segundos por la Suprema Corte de Justicia de una lista de los que estén en condiciones de ser conjuces.

d) *Denuncia*: por cualquiera del pueblo ante el jurado (art. 182).

e) *Suspensión del acusado*: desde el día en que el jurado admita la acusación (art. 183).

f) *Veredicto*: con arreglo a derecho, declarando al acusado culpable o no de los hechos que se le imputen (art. 184).

2. Catamarca:

a) *Tribunal*: presidente de la Corte de Justicia, un senador, dos diputados y dos abogados (art. 220).

b) *Designación*: los legisladores, por las respectivas cámaras. Abogados por la Corte de Justicia mediante sorteo público.

c) *Procedimiento*: deja librado a la ley (art. 216).

3. Chaco:

a) *Tribunal*: por Consejo de la Magistratura (art. 166).

b) *Procedimiento*: la ley reglamentará el procedimiento sobre las siguientes bases: 1) patrocinio letrado del acusado; 2) garantía de la defensa en juicio; 3) oralidad y publicidad de la causa (art. 168).

c) *Suspensión*: del acusado una vez admitida la acusación (art. 169).

d) *Veredicto*: dentro de los sesenta días en que la causa quedó en estado de dictar sentencia, vencido el cual se considerará desestimada la acusación. Voto de los dos tercios de los miembros del cuerpo (art. 170).

4. Chubut:

a) *Tribunal*: un ministro del Tribunal Superior de Justicia, dos diputados y dos abogados designados por el superior tribunal (art. 211).

b) *Procedimiento*: la ley determinará el procedimiento sobre las siguientes bases: 1) el acusado puede ser suspendido por el tribunal (art. 212); 2) el fallo debe absolver o destituir al acusado (art. 213).

5. Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

a) *Tribunal*: nueve miembros: tres legisladores, tres abogados y tres jueces, uno miembro del Superior Tribunal de Justicia que lo preside (art. 121).

b) *Designación*: por sorteo de una lista de veinticuatro miembros integrada por seis jueces elegidos por sus pares; dos miembros del tribunal superior; ocho abogados elegidos por sus pares y ocho legisladores (art. 121). Duran cuatro años en sus funciones.

c) *Procedimiento*: por ley sobre las siguientes bases: 1) derecho de defensa del acusado; 2) acusación por el Consejo de la Magistratura; 3) fallo: noventa días a partir de la acusación e irrecurrible (art. 123).

6. Córdoba:

a) *Tribunal*: un vocal del Tribunal Superior de Justicia y cuatro legisladores: dos por la mayoría y dos por las minorías (art. 159).

b) *Procedimiento*: sobre las siguientes bases: 1) denuncia por cualquiera del pueblo; 2) acusación por el fiscal general dentro de los treinta días de formulada la denuncia; 3) suspensión del acusado a criterio del tribunal; 4) veredicto dentro de los sesenta días a contar desde la acusación bajo pena de caducidad (art. 159).

7. Corrientes:

a) *Tribunal*: un miembro del tribunal superior que lo preside; un abogado por cada circunscripción judicial; un juez, un profesor titular de la Facultad de derecho estatal; dos diputados de distintos partidos políticos y un senador (art. 198).

b) *Designación*: abogados, juez y profesor universitario, por sus pares (art. 198).

c) *Procedimiento*: sobre las siguientes bases: 1) acción pública por cualquier persona ante el Consejo de la Magistratura, quien decide la apertura del procedimiento; 2) órgano acusador: fiscal general; 3) procedimiento oral y público garantizando derecho de defensa del acusado; 4) fallo por mayoría de cuatro miembros dentro de los ciento veinte días hábiles bajo pena de caducidad (arts. 199 y 200).

8. Entre Ríos:

a) *Tribunal*: tres miembros del Superior Tribunal de Justicia, dos legisladores y dos abogados designados por sorteo (art. 169).

c) *Procedimiento*: por ley sobre las siguientes bases: 1) suspensión del acusado (art. 173) y 2) veredicto dentro de los treinta días en que la causa esté en estado de sentenciar (art. 174) bajo pena de caducidad (art. 175).

9. Jujuy:

a) *Tribunal*: tres jueces del Tribunal Superior de Justicia, dos miembros más antiguos de los tribunales inferiores y dos abogados designados por sorteo (art. 175).

b) *Procedimiento*: sobre las siguientes bases: 1) investigación de los hechos por dos miembros del tribunal superior y un juez inferior designado por sorteo; 2) sumario por resolución fundada; 3) en caso de admisión eleva las ac-

tuciones al jurado de enjuiciamiento, pudiendo disponer la suspensión del acusado sin goce de sueldo y sin recurso; 4) recibido el sumario, se corre traslado a las partes con ofrecimiento de pruebas por veinte días; 5) alegatos y sentencia a treinta días de producidos (arts. 176 y 177).

10. Formosa:

a) *Tribunal*: un miembro del tribunal superior que lo preside; el fiscal de Estado; tres legisladores, dos por la mayoría y uno por la minoría y dos abogados designados por sorteo (art. 175).

b) *Procedimiento*: deja librado a la ley.

11. Mendoza:

a) *Tribunal*: integrado por miembros de la Suprema Corte y un número igual de senadores y diputados designados por votación nominal por las respectivas cámaras (art. 164).

b) *Procedimiento*: sobre las siguientes bases: 1) acusación presentada por escrito ante el presidente del jurado; 2) traslado al acusado por el término de diez días, hecho lo cual el jurado resolverá por mayoría de votos de la totalidad de los miembros si hay o no lugar a la formación de causa; 3) si procede la acusación, se dará intervención al procurador de la Corte; 4) veredicto de culpabilidad por mayoría absoluta de sus miembros (art. 165).

12. Neuquén:

a) *Tribunal*: el presidente del tribunal superior que lo preside, dos miembros del tribunal superior, dos diputados y dos abogados designados por sorteo por la Legislatura (art. 268).

b) *Procedimiento*: deja librado a la ley (art. 269).

13. Salta:

a) *Tribunal*: el presidente de la Corte y un juez de la Corte; dos diputados y dos senadores abogados designados uno por la mayoría de cada cámara y el otro la minoría a propuesta de los bloques; el fiscal de Estado; un abogado designado por la Cámara de Senadores y otro por la Cámara de Diputados (art. 160).

b) *Procedimiento*: por ley sobre las siguientes bases: 1) duración del juicio, cuatro meses desde la acusación bajo pena de caducidad (art. 160).

14. Santa Fe:

a) *Tribunal*: miembros de la Corte Suprema de Justicia, un senador, un diputado y dos abogados de la matrícula (art. 91).

b) *Procedimiento*: deja librado a la ley (art. 91).

15. Río Negro:

a) *Tribunal*: por Consejo de la Magistratura (art. 222).

b) *Procedimiento*: deja librado a la ley (art. 222).

16. Tierra del Fuego:

a) *Tribunal*: por Consejo de la Magistratura (art. 161, inc. 5°).

b) *Procedimiento*: deja librado a la ley (art. 162).

17. Tucumán:

a) *Tribunal*: integrado por cinco representantes de la legislatura; uno del

b) *Procedimiento*: deja librado a la ley (art. 125).

Finalmente, es dable destacar una característica que es común a todos los procedimientos de determinación de responsabilidad judicial analizados, cual es que el pronunciamiento a que arribe el tribunal del jurado de enjuiciamiento es irrecurrible, tal lo determinan en forma expresa algunas cartas locales. Esta característica obedece, sustancialmente, a la naturaleza misma de la responsabilidad —política— e implica que las cuestiones de mérito en las que el tribunal funda su pronunciamiento son ajenas a toda revisión jurisdiccional, salvo que medie irregularidad en el procedimiento y que resulte de tal entidad, que afecte las garantías del debido proceso legal y de defensa en juicio, que las propias constituciones se encargan de preservar.

IV. CONCLUSIONES

Hasta aquí el desarrollo de los principales aspectos inherentes a la integración y funcionamiento del jurado de enjuiciamiento de magistrados y funcionarios del Poder Judicial, de cuyo análisis se puede extraer que la mayoría de las constituciones provinciales, a partir del ciclo constituyente iniciado en 1986, han seguido para el procedimiento de remoción la misma impronta que la observada para el mecanismo de designación: esto es, con integración pluralista del jurado, aventando de tal modo la injerencia política en las decisiones a adoptar. Obvio es que la regla general antes observada admite sus excepciones, tales como las constituciones de Córdoba (art. 159); Mendoza (art. 164); Salta (art. 160) y Tucumán (art. 126), que han optado en su integración por la mayoría política, criterio que resulta censurable, en la medida en que son válidas las consideraciones precedentes cuando se efectuó la distinción entre la actividad política y la jurisdiccional. La predominancia del sector político en el juzgamiento de magistrados y funcionarios pone en serio riesgo el equilibrio necesario entre los poderes estatales, afectando seriamente la independencia del Poder Judicial, ya que es difícil de prever que los representantes del sector político puedan, al momento de juzgar, prescindir de un criterio que responda a la naturaleza de la función que representan. Por lo tanto, como bien lo sostiene Novillo Corvalán, “Consideramos que el modelo más equilibrado es el mixto, en el cual tanto los legisladores —que deben ser letrados—, como los magistrados y abogados estén representados. Por ello entendemos que tan delicada misión debe recaer en personas idóneas que además hayan tenido una trayectoria incuestionable en cada ámbito”²⁴.

²⁴ NOVILLO CORVALÁN, Marcelo, *Procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento...* cit. p. 39.



CAPÍTULO XVI ÓRGANOS DE CONTROL Y AUXILIARES

por ARMANDO MAYOR *

PRIMERA PARTE

El control y la participación

I. LOS ÓRGANOS DE CONTROL Y AUXILIARES

1. Presentación

Luego del análisis de los poderes del Estado, corresponde abordar el de los órganos de control y auxiliares.

Dentro de los primeros consideraremos aquellos que se refieren al control:

a) de la hacienda pública: tribunales de cuentas, contadurías, tesorerías, auditorías y sindicaturas generales, y

b) de la actividad administrativa del Estado: fiscalías de estado, fiscalías de investigaciones administrativas y defensorías del pueblo.

Dentro de los auxiliares estudiaremos los consejos económicos y sociales y los consejos de partidos políticos.

2. Fundamentos axiológicos y constitucionales

Órganos de control y auxiliares aparecen en el horizonte del derecho constitucional como exigencia propia de sistema republicano, que requiere que el poder sea limitado, compartido y vigilado.

Los *órganos de control* nacen ante la insuficiencia de la división de poderes originaria para contener el poder encarnado en el gobierno, contribuyendo a evitar su abuso, desviación y desnaturalización; en tanto que los *órganos au-*

* Profesor Titular de las Cátedras de Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Católica de Córdoba y Profesor Adjunto de la Cátedra en la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Adjunto de Derecho Constitucional en la UCC. Director del Instituto de Derecho Público de la UCC. Convencional Constituyente Municipal de la Ciudad de Córdoba. Magister en Dirección y Gestión Pública por la Universidad Carlos III de Madrid, Posgrado en Derecho Constitucional y en Derecho Comunitario de la Universidad de Salamanca. Actualmente se desempeña como Jefe de las Agrupaciones de Faltas de la Ciudad de Córdoba.

xiliares son justificados como instituciones que vienen a completar las formas de representación clásicas, recogiendo el pluralismo social y político en pos de hacer más participativa y social la democracia.

Órganos de control y auxiliares encontrarían fundamento axiológico en la necesidad de promover frente al *gobierno* el *control* y la *participación* ¹.

Y esto resulta conveniente en razón de que las funciones del gobierno y de los órganos de control y auxiliares que lo rodean están llamadas a complementarse en aras de un mejor desenvolvimiento del sistema democrático. Así damos cuenta de que mientras el *gobierno* importa la actuación de un poder de impulsión y dirección ² para la toma o ejecución de las decisiones públicas, los *órganos de control* participan indirectamente en la función de gobierno colaborando mediante la realización de acciones en procura de influir sobre él, sea persuadiendo, disuadiendo o impidiendo la adopción o ejecución de las decisiones que consideran contrarias al ordenamiento jurídico y los *órganos auxiliares* también intentan participar en forma indirecta en el poder influyendo en el gobierno y en la dirección de las políticas públicas que puedan afectar asuntos que hagan a su interés o a sus cometidos institucionales.

II. LOS ÓRGANOS DE CONTROL: ORIGEN, EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS

1. La tríada clásica

En una primera etapa, bajo el influjo del constitucionalismo clásico y el ideal republicano, nuestras constituciones provinciales acogieron el sistema de la división del poder en virtud del cual el poder estatal se distribuyó entre tres órganos a los que se les asignaron diversas funciones. De esta forma establecieron un sistema de control basado en la división de funciones atribuidas a distintos órganos en procura de establecer equilibrios, controles recíprocos y contrapesos.

2. Los órganos de control externos e internos

Posteriormente se advirtió la insuficiencia del sistema de control basado en la clásica tripartición de poderes y la necesidad de contar con niveles adicionales de protección en contra de las desviaciones del poder y abusos de autoridad. Esta situación ha conducido a la concreción de reformas constitucionales y legales ³ que instauraron órganos extrapoderes de control, o a crear, desarro-

¹ Frías ha sostenido que el control y la participación nacen de una desconfianza sobre las operaciones del poder: el control exorciza la impunidad y la participación el monopolio (*Tribunales de cuentas. Doctrina y legislación comparada*, Publicación del Tribunal de Cuentas de la ciudad de Córdoba, Lerner, Córdoba, 1992, p. 15).

² Ejercido con un amplio grado de discrecionalidad, atento a la naturaleza política de los actos que realiza.

³ Se ha afirmado que estas reformas se han dado especialmente en donde las sociedades perciben la existencia de instituciones representativas poco desarrolladas, poderes ejecutivos

llar o mejorar los órganos de control internos, fundamentalmente de la Administración.

En general, estas instituciones se presentan con nombres y propósitos similares, pero pueden tener diferencias dignas de análisis ⁴ que justifican su estudio comparado.

Ahora bien, los esfuerzos realizados para complementar los poderes tradicionales han dado como resultado entidades con funciones en algunos casos superpuestas ⁵, que desempeñan las tareas para las que fueron creadas con diferentes grados de efectividad e independencia política ⁶.

3. Los controles horizontales y verticales

Últimamente se advierte un consenso en la necesidad de que las democracias exigen un *sistema de control integral* que, superando visiones formales, involucre a todos sus actores, es decir que sea ejercido por los poderes públicos y por la acción de los ciudadanos, organizaciones de la sociedad civil y otros actores no gubernamentales ⁷.

Así se entiende que la efectividad de los sistemas de control depende de la interacción positiva de los controles entre los poderes públicos (controles horizontales) y los controles no gubernamentales (controles verticales) ⁸ llevados a cabo por los particulares, organizaciones de la sociedad civil u otros actores no gubernamentales ⁹.

fuerzas, mecanismos de control legislativos pobres y poderes judiciales ineficientes (PAYNE, J. Mark y otros, *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina*, IDEA - Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Washington DC, 2003, p. 238).

⁴ De acuerdo con sus orígenes institucionales, la índole de su relación con los tres poderes tradicionales, los procedimientos de nombramiento de sus titulares, el nivel de sus atribuciones y sus fuentes de financiamiento, entre otras cuestiones. En consecuencia, la naturaleza y el grado de autonomía política y la capacidad para vigilar, investigar y sancionar irregularidades, abusos del poder o violaciones de los derechos de los ciudadanos varían de modo considerable (PAYNE, J. Mark y otros, *La política importa...*, cit.).

⁵ Se ha sostenido que "es preferible la confluencia entre estos organismos que dejar alguna zona libre de su alcance, confiando en que los inconvenientes de técnica legislativa serán superados tomando en consideración los resultados obtenidos por cada uno de ellos en el transcurso del tiempo" (ORGAZ, Jorge, "El procedimiento de control de las irregularidades administrativas", en *Derecho Procesal Administrativo*, t. II - VÉLEZ FUNES, Ignacio M. (dir.), Alveroni, Córdoba, 2004, p. 305).

⁶ Se afirma que no es sencillo determinar los resultados reales de la labor de estos organismos debido a su variedad y a las diferencias en la naturaleza de sus funciones, atribuciones y facultades y, fundamentalmente, la medida en la que las desempeñan en la práctica (PAYNE, J. Mark y otros, *La política importa...*, cit., p. 242).

⁷ PAYNE, J. Mark y otros, *La política importa...*, cit.

⁸ Siguiendo a O'Donnel, denominamos a la rendición de cuentas (*accountability*) horizontal cuando se realiza mediante acciones e instituciones públicas y vertical cuando se promueve por la acción de ciudadanos u organizaciones no gubernamentales.

⁹ Numerosos politólogos consideran que los controles verticales deben ser lo suficiente-

III. LOS ÓRGANOS AUXILIARES

Algunas provincias, a nivel constitucional o legal, han receptado órganos auxiliares de los poderes públicos, tales como los consejos económicos y sociales y los consejos de partidos políticos.

Ambos responden a distintas necesidades y fines pero tienen en común que se presentan como órganos de consulta y asesoramiento de los poderes públicos, sea en materia económica y social, sea en materia política.

Encuentran fundamento en la necesidad de crear ámbitos institucionalizados de participación en procura de generar canales alternativos de construcción de consensos, que potencian su utilidad en situaciones de emergencia contribuyendo a la gobernabilidad y a la superación de las crisis.

Suman legitimidad al sistema completando las formas de representación clásicas al reflejar en su seno el pluralismo social y político, auxiliando a los poderes del Estado a desarrollar mejor sus funciones, ensanchando los espacios participativos de la democracia.

Se proponen contribuir a la formulación de políticas de Estado y a su sostenimiento, expresando los comunes denominadores del conjunto de fuerzas o intereses que representan.

SEGUNDA PARTE

Control de la hacienda pública

I. SISTEMAS EN EL DERECHO COMPARADO Y EN EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

1. La actividad estatal se encuentra sometida a controles de naturaleza política, judicial y administrativa. Centraremos nuestra atención en los órganos

mente fuertes para "generar la presión constante necesaria para develar y sancionar los abusos de autoridad". A su vez, ponen en cabeza de los agentes sociales el deber de propender al desarrollo y permanencia de las instituciones de control, dotándolas las facultades, competencias y autonomía política, entendiendo que si no pueden desarrollar sus funciones correctamente, los mecanismos verticales no redundarán en la imposición de sanciones contra los funcionarios que abusen de su poder y alimentarán la frustración, el cinismo y la apatía de los ciudadanos (O'DONNELL, 1999; FOX, 2000, SHUGART - MORENO - CRISP, 2000). Al mismo tiempo se sostiene que para poder cumplir su labor eficazmente los órganos de control deben contar con un amplio respeto del público, funcionar con transparencia y estar sujetos al minucioso control de la prensa y de la sociedad civil que los legitime y les proporcione de una autonomía política considerable para evitar que la élite política intente socavarla, ignorarla o manipularla. En síntesis, se parte del postulado de que un sistema de control efectivo debe basarse tanto en los factores endógenos, como en los factores exógenos o sociales que colaboren a desarrollar con éxito sus cometidos (PAYNE, J. Mark y otros, *La política importa...* cit.). Por ello se ha afirmado que los diversos mecanismos de control importan no solamente impedir una excesiva concentración de poder sino que constituyen una forma de democratización permanente del poder político (MUÑOZ, Ricardo A., "Defensor del Pueblo de Córdoba. Legitimación Procesal. Algunas reflexiones", en <http://www.acader.unc.edu.ar>).

de naturaleza administrativa que controlan la legalidad o juridicidad de la actividad hacendal del Estado.

2. Los órganos de control interno y externo de la hacienda pública receptados por el *derecho público provincial argentino* pueden ser clasificados en dos sistemas:

a) un sistema tradicional constituido por los tribunales de cuentas, como órgano de control externo, y por las contadurías y tesorerías generales, como órganos de control internos.

b) otro, de más reciente recepción y minoritario en cabeza de las auditorías generales, a cargo del control externo y de las sindicaturas generales, a las que se les encomienda el control interno.

El primero es el consagrado por casi la totalidad de las provincias argentinas. El segundo es receptado a nivel nacional (desde 1993) y seguido por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Salta.

3. Estos sistemas encuentran antecedentes en el *derecho comparado*, en el que advertimos una variada tipología de órganos con funciones de control de la hacienda pública, a los que agrupamos de la siguiente forma:

a) los que forman parte de la Administración Pública, como la Corte de Cuentas francesa (*Cour des Comptes*), órgano de carácter colegiado con un grado considerable de autonomía;

b) los que, dotados de autonomía funcional respecto de los poderes ejecutivos y legislativos, llegan a tener autoridad de cosa juzgada (al igual que los tribunales de justicia) en materia de juicios de cuentas y responsabilidad, como la *Corte dei Conti* italiana;

c) los de carácter unipersonal, autonomía funcional y vinculación con el Poder Legislativo, ante el que rinden informes, como las contralorías o auditorías generales propias del modelo angloamericano, y

d) los que con autonomía funcional y sin funciones jurisdiccionales se constituyen como órganos colegiados y se vinculan con el Poder Legislativo, constituyéndose en su "ojo técnico", como los tribunales de cuentas inspirados en el modelo español ¹⁰.

Como advertimos, los sistemas receptados en el derecho público provincial responden, en términos generales, a los dos últimos sistemas del derecho comparado que hemos enunciado.

¹⁰ Para los distintos modelos en el derecho comparado ver: BARRAZA, Javier I. - SCHAFFRIK, Fabiana H., *El control de la Administración Pública*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 70/71; PAYNE, J. Mark y otros, *La política importa...* cit., p. 70; SESIN, Domingo J., "Tribunal de Cuentas. Importancia y alcance del control previo. Nuevas perspectivas", en *Control de la Administración Pública*, R.A.P. Buenos Aires, 2003, p. 292.

II. TRIBUNALES DE CUENTAS

1. Principios generales

a) Caracterización

Los tribunales de cuentas han sido definidos como *órganos extrapoder*, de estructura colegiada, con acentuada especialización técnica, dotados de autonomía funcional, cuya finalidad es la de controlar la legalidad de los actos administrativos que afectan a la hacienda pública, informar la cuenta de inversión y propiciar y sustanciar el juicio de cuentas y el juicio de responsabilidad —según sea el caso— a todo obligado a rendir cuentas al Estado o a sus estipendiarios, cuando existe presunción de haber causado perjuicio patrimonial al erario público ¹¹.

Se los concibe como un órgano auxiliar, con jerarquía constitucional, que sin ser un poder estatal, gozan de autonomía funcional constitucionalmente garantizada, sin subordinación ni interferencia de los poderes del Estado ¹².

b) Naturaleza jurídica

Los tribunales de cuentas tienen a su cargo el control externo de los gastos públicos y perfeccionan la inversión de la renta, ejerciendo el control de legalidad o juridicidad; tendencialmente van asumiendo funciones de control de gestión.

Para el cumplimiento de esos fines, los tribunales de cuentas son configurados en el derecho argentino como *tribunales administrativos*, es decir que, a pesar de su nombre, no integran el Poder Judicial y, por ende, no ejercen funciones judiciales. Ejercen una *jurisdicción de carácter administrativo*, no una jurisdicción de carácter judicial ¹³; por ello es esencialmente de naturaleza administrativa el régimen jurídico aplicable a su actividad ¹⁴.

Esta jurisdicción de carácter administrativo como tal es siempre susceptible de un *control judicial suficiente*. Es por ello que sus resoluciones carecen por sí de valor de cosa juzgada. Pueden adquirir el carácter de resolución firme y aun fuerza ejecutoria, es decir que puede ser ejecutado su cumplimiento por vía especial o de apremio, si ha sido consentida o no recurrida. Ahora bien, en caso de interponerse acciones o recursos judiciales contra sus resoluciones, éstas sólo adquieren fuerza de cosa juzgada en caso de ser confirmadas judicial-

¹¹ ROSATTI, Horacio, *Tratado de derecho municipal*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, ps. 261/262.

¹² SESIN, Domingo J., "Tribunal de Cuentas...", cit., p. 290.

¹³ En concordancia con ello, por ejemplo, la Constitución de Córdoba dispone que "El ejercicio de la función judicial corresponde exclusivamente al Poder Judicial de la provincia" (art. 153), siguiendo la lógica de lo preceptuado por el art. 109, CN.

¹⁴ SESIN, Domingo J., "Tribunal de Cuentas...", cit., p. 290.

mente ¹⁵. En conclusión, su caracterización como tribunales administrativos importa el ejercicio de una jurisdicción administrativa, no judicial, por lo que sus resoluciones están siempre sujetas a un "control judicial suficiente" ¹⁶.

c) Autonomía, independencia e imparcialidad

Los tribunales de cuentas son órganos de *control externo*, porque no forman parte de la organización administrativa de ninguno de los poderes ni dependen de éstos, ejercen un control que opera desde fuera y no desde dentro de la Administración ¹⁷. Se entiende que para un mejor cumplimiento de sus fines deben contar con suficiente *autonomía funcional*, la que se asegura de mejor manera cuando se los caracteriza como órganos extrapoder, no ubicados dentro ni bajo la dependencia de ninguno de los poderes del Estado.

Para una efectiva autonomía funcional debe garantizarse su independencia e imparcialidad.

La *independencia* debe darse en el aspecto *personal* de quienes conducen el tribunal ¹⁸, y en el *funcional*, que presupone la carencia de vínculos jerárquicos. Así, el órgano fiscalizador no debe depender del fiscalizado.

La *imparcialidad* se relaciona con la índole de la materia sometida a su conocimiento, de carácter técnico, no político, e importa la neutralidad y objetividad en su accionar ¹⁹.

2. Recepción en el derecho público provincial

a) Recepción normativa

a.1. Necesidad de su creación

Las constituciones provinciales han establecido la competencia del Poder Legislativo para el control de la hacienda pública, como poder constituido por los representantes directos del pueblo.

¹⁵ ESTRADA, Eduardo, "Órganos de Control. Juicio y Auditoría de Cuentas", en PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros - ÁBALOS, María G. (coord.), *Derecho Público Provincial y Municipal*, 2ª ed. act., La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 494.

¹⁶ ESTRADA, Eduardo ("Órganos de Control. Juicio y Auditoría de Cuentas", en PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros - ÁBALOS, María G. [coord.], *Derecho Público Provincial y Municipal*, cit., p. 295) sostiene que la regla del *control judicial suficiente* debe ser la revisión máxima a través del ejercicio de acción (demandas o recursos) que den lugar a procesos de pleno conocimiento. Puede limitarse por vía de disposición legal expresa y en razón de la categoría del tribunal u órgano decisorio administrativo, al solo conocimiento de la legitimidad del fallo o resolutorio recurrido, siempre que dichos tribunales u órganos tengan instrumentado en la instancia original un procedimiento completo que asegure la garantía de la defensa en juicio.

¹⁷ SESIN, Domingo J., "Tribunal de Cuentas...", cit., p. 295.

¹⁸ Suelen citarse al punto la inamovilidad de sus miembros mientras dure su buena conducta y capacidad y un nivel de remuneraciones asimilado a los magistrados judiciales.

¹⁹ SESIN, Domingo J., "Tribunal de Cuentas...", cit., p. 295.

Al mismo tiempo, las legislaciones ordinarias establecen las condiciones de regularidad del gasto público.

Ahora bien, la imposibilidad de los legislativos de realizar por sí solos estas tareas de fiscalización²⁰ llevaron a la creación de órganos especializados para el conocimiento y juzgamiento de las cuentas públicas. Su tarea es auxiliar y complementa técnicamente el control legislativo.

Profundizando esta lógica y sin desconocer las facultades de control externo por parte del Poder Legislativo, en algunos casos se consideró necesario dotar a estos órganos de autonomía, llegando a consagrarlos como órganos extrapoder.

a.2. Recepción en las provincias

En el ámbito de las jurisdicciones provinciales, el primer Tribunal de Cuentas orgánico y constitucional fue el de la provincia de Buenos Aires, que data de 1889, luego lo siguió el de Mendoza, creado por la Constitución de 1916, Córdoba por la Constitución de 1923, Entre Ríos por la Constitución de 1933, Jujuy por la Constitución de 1935, Santiago del Estero por la Constitución de 1939, Santa Cruz, Chubut, Chaco, Neuquén y Formosa, todos por las constituciones sancionadas en 1957²¹; Misiones en 1958; La Pampa por la Constitución de 1960; Santa Fe en 1962, San Luis y Catamarca en 1966 y Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur en 1991.

Sin raigambre constitucional fueron creados por ley los tribunales de cuentas de La Rioja en 1956; Salta en 1957; Tucumán en 1963²², y Corrientes en 1974. Por virtud de las reformas constitucionales operadas, La Rioja (1986), San Juan (1986), Río Negro (1988) y Salta (1986), instituyeron a sus tribunales de cuentas como órganos constitucionales²³.

Por último, dieron jerarquía constitucional al tribunal de cuentas Tucumán (2006) y Corrientes (2007).

²⁰ Las normas de contabilidad, por una parte, y la facultad de las Legislaturas para aprobar o desechar la cuenta de inversión, constituían las formas de control de la hacienda pública. Pero la complejidad de ese control, acrecentada por el aumento del gasto público y nuevas formas de intervención económica del Estado, hacían impracticable la fiscalización legislativa (FRÍAS, Pedro J. y otros, *Derecho público provincial*, cit., p. 367).

²¹ Con el dictado de la Constitución del año 1957, Río Negro, apartándose del resto de las provincias, creó la Contraloría General, aunque manteniendo los tribunales de cuentas para los municipios, con la novedad de que tenían carácter electivo.

²² El Tribunal de Cuentas de Santiago de Estero, creado por la Constitución de 1939, y el de Tucumán, instituido por ley en 1963, recién comenzaron a funcionar en el año 1972.

²³ ESTRADA, Eduardo, "Órganos de Control. Juicio y Auditoría de Cuentas", en PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros - ÁBALOS, María G. (coord.), *Derecho Público Provincial y Municipal*, cit., ps. 483/484.

a.3. Cambio del sistema de control

Abandonaron el modelo de control externo de la hacienda pública por parte de tribunales de cuentas la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la que al dictar su primer Estatuto Organizativo en 1996 estableció a la Auditoría General como órgano de control externo, y Salta a partir de la reforma constitucional del año 1998.

Estas dos jurisdicciones se inscriben en la tendencia reformadora inaugurada a nivel nacional cuando el Tribunal de Cuentas de la Nación²⁴ fue suprimido por la ley 24.156 del año 1992²⁵, la que, propiciando un nuevo sistema de control, instituyó a la Auditoría General de la Nación, organismo que fue elevado a la jerarquía constitucional por la reforma de 1994.

b) Ubicación institucional

Las constituciones provinciales ubican en distintas partes de sus textos a los tribunales de cuentas. La cuestión es relevante, habida cuenta de que nos permite visualizar cómo los constituyentes quisieron posicionar a la institución respecto de los poderes del Estado. El emplazamiento institucional puede exteriorizar una relación de mayor o menor dependencia o autonomía institucional en el diseño constitucional, cuestión no exenta de eventuales consecuencias.

Hecha esta advertencia, damos revista a las distintas ubicaciones que los tribunales de cuentas han merecido en las constituciones provinciales argentinas.

a) Lo contemplan en la sección correspondiente al Poder Ejecutivo las Constituciones de Buenos Aires, Catamarca, Entre Ríos, Misiones, Santa Cruz y Santa Fe.

b) Lo sitúan en la sección correspondiente al Poder Legislativo las Constituciones de Córdoba y Corrientes.

c) Lo ubica en la sección correspondiente al Poder Judicial la Constitución de Mendoza.

d) Lo colocan en posiciones sistemáticas independientes de los otros poderes Formosa, San Juan y San Luis o los caracterizan como órganos extrapoderes Chaco y Jujuy (organismos de control), Chubut y Tierra del Fuego (órganos de contralor), La Pampa, Santiago de Estero y Tucumán (órganos de control), La Rioja (órganos de fiscalización y asesoramiento), Neuquén (órganos de defensa de los intereses del Estado y de contralor) y Río Negro (órganos de control externos).

²⁴ Que fuera instituido por el dec.-ley 23.354 de 1956, ratificado por la ley 14.467.

²⁵ Denominada "Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional".

c) Integración, composición, designación y duración en funciones

c.1. Integración

Los tribunales de cuentas son órganos colegiados de carácter técnico que se encuentran integrados en forma mixta por abogados y profesionales de las ciencias económicas, financieras, contables o administrativas. La exigencia se impone en razón del tipo de control que realizan.

Se encuentran integrados por un número variable de miembros, siempre impar, según lo establecen las constituciones y normas reglamentarias.

La mayoría de las constituciones establecen un número fijo de integrantes, en tanto que otras fijan un número inicial y dejan abierta la posibilidad que por vía reglamentaria éste pueda incrementarse. Esta última modalidad reconoce dos variantes: a) las que establecen una cantidad mínima de vocales (de tres miembros) sin indicar el máximo y b) las que contemplan un número mínimo (también de tres) el que puede incrementarse en número impar hasta un máximo de siete. Las Constituciones de Santa Cruz y Santa Fe no determinan la cantidad de integrantes que conforman el cuerpo, lo que de hecho queda derivado a la legislación reglamentaria.

Establecen un número fijo de tres miembros las Constituciones de Catamarca, Entre Ríos, Formosa, La Pampa, Misiones, Río Negro, Tierra del Fuego y Tucumán.

Lo fijan en cinco integrantes las Constituciones de Buenos Aires, Chaco, Chubut, Corrientes, Jujuy, La Rioja, San Luis, San Juan y Santiago del Estero.

Determinan un número de tres miembros como mínimo, sin establecer el máximo, las constituciones de Mendoza y Neuquén.

La Constitución de Córdoba preceptúa un número inicial de tres miembros el que puede elevarse por ley, siempre en número impar, hasta un máximo de siete.

c.2. Composición

En cuanto a su composición, algunas constituciones hacen referencia a sus integrantes como miembros en forma general²⁶, en tanto que otras determinan que está compuesto por un presidente y por vocales²⁷, o por un presidente y un vicepresidente y vocales²⁸.

Normalmente, cuando las constituciones contemplan en sus textos la figura de un presidente, o un vicepresidente en su caso, lo hacen a fin de exigir la condición de letrado para ocupar el cargo²⁹. San Juan dispone que el presi-

²⁶ Córdoba, Corrientes, Chaco, Chubut, Río Negro, Santa Cruz, San Luis, Santa Fe, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y Tucumán.

²⁷ Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Misiones y Neuquén.

²⁸ La Rioja y San Juan.

²⁹ Así lo disponen las Constituciones de Buenos Aires, Catamarca, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, Mendoza, Misiones y Neuquén.

dente y el vicepresidente deben ser letrados. La Pampa determina que el presidente del tribunal será contador o abogado.

A su vez, se observa que la adjudicación de la presidencia a un abogado se contempla en casi todos los casos en constituciones en que la mayoría de los miembros está constituida por contadores o profesionales de las ciencias económicas y de la administración en general³⁰. San Juan exige la calidad de abogado tanto para el presidente como para el vicepresidente. Jujuy es la única que atribuye la presidencia a un abogado sin correlativamente establecer una mayoría de contadores.

Por otro lado, de las constituciones que no exigen la condición de abogado para ocupar la presidencia, establecen que es rotativa en forma anual (Chaco, Chubut y Corrientes). Santiago del Estero establece que la presidencia del cuerpo se elegirá anualmente por sus miembros. San Luis preceptúa que el presidente se elige anualmente por todos sus miembros de entre los tres miembros designados por la Cámara de Senadores a propuesta del Ejecutivo.

c.3. Requisitos

Las constituciones establecen distintos requisitos de edad, residencia y antigüedad del título. Merece análisis la exigencia profesional en materia económica, financiera, contable o administrativa, contenida por las constituciones. La mayoría exige el título de contador público, las restantes lo extienden a otras especialidades en esa materia. De esta última forma lo hacen Jujuy, Río Negro, San Luis (graduados en ciencias económicas), San Juan (título habilitante en materia contable, económica, financiera o administrativa) y Tierra del Fuego (título universitario en ciencias económicas u otros graduados con especialización financiera, control y auditoría).

Puede plantearse en aquellas provincias en que la exigencia constitucional se refiere al título de contador público, si ésta puede ser cubierta por otro título universitario habilitante en materia económica, financiera, contable o administrativa. La respuesta podrá ser negativa, por interpretación literal, y, por ende, restrictiva, o positiva por analogía. En respaldo de esta última podrán citarse los antecedentes de las constituciones que así lo contemplan y la tendencia a que los órganos de control estén integrados interdisciplinariamente (por ej., sistema de Auditoría General en Salta). Claro está que en este caso habrá que ponderar la extensión curricular del título y la incumbencia con la tarea de fiscalización a realizar.

c.4. Designación

La mayoría de las constituciones dispone que los miembros de los tribunales de cuentas sean designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo legislati-

³⁰ Bajo esa condición lo establecen las Constituciones de Buenos Aires, Catamarca, Entre Ríos, Formosa, Mendoza, Misiones y Neuquén.

vo, sea de su Cámara Única (Chaco, Jujuy, La Pampa ³¹, Misiones, Neuquén y Tucumán), sea por el Senado (Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, Entre Ríos, Mendoza). Los nombra el Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa en Santa Fe y de igual forma son designados dos de los cinco miembros del tribunal de San Luis, uno por la mayoría y otro por la minoría.

También con intervención de los poderes ejecutivos y legislativos se produce su designación por parte de la Cámara de Diputados sobre la base de una propuesta en terna del Poder Ejecutivo, en Chaco y por parte de la Legislatura a propuesta del Ejecutivo en Formosa y Río Negro.

Con el propósito de asegurar la participación de las minorías en la integración del cuerpo, algunas constituciones establecen mecanismos que garanticen ese fin ³².

Dan participación al Consejo de la Magistratura en el proceso de nombramiento de los miembros del tribunal las Constituciones de La Pampa y Tierra del Fuego. La Pampa establece que sus miembros son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Diputados y que el Poder Ejecutivo elegirá cada uno de los candidatos en una terna que elevará al efecto el Consejo de la Magistratura, previo concurso de antecedentes y oposición. Tierra del Fuego dispone que el miembro abogado sea designado por el Poder Ejecutivo a propuesta del Consejo de la Magistratura y los dos restantes miembros contadores, uno a propuesta de la Legislatura y el restante por decisión del Poder Ejecutivo.

Por último, en Córdoba, la única provincia que establece un procedimiento de elección directa para los miembros del Tribunal de Cuentas, se determina que son elegidos por el pueblo con representación de las minorías.

³¹ En La Pampa, el Poder Ejecutivo requiere el acuerdo sobre la base de una selección previa que realiza de cada uno de los candidatos de una terna que eleva al efecto el Consejo de la Magistratura, previo concurso de antecedentes y oposición.

³² En esta categoría encontramos las Constituciones de Chaco, La Rioja, San Luis, San Juan y Santiago del Estero. Chubut dispone que dos miembros serán designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura y tres por la Legislatura (uno a propuesta del bloque mayoritario y dos a propuesta de la primera y la segunda minorías). En el caso de La Rioja, el presidente, el vicepresidente y uno de los vocales son designados por la Cámara de Diputados a propuesta del bloque mayoritario y los dos vocales restantes, a propuesta de cada bloque de los partidos que hubieren obtenido representación en ese cuerpo, en orden sucesivo al bloque mayoritario. En caso de existir una sola minoría, ésta propondrá a ambos. San Luis establece que tres miembros son designados por la Cámara de Senadores a propuesta del Poder Ejecutivo —conservando su cargo mientras dure su buena conducta— y los dos restantes por la Asamblea Legislativa, a propuesta uno de la mayoría y el otro de la minoría, durando dos años en su funciones y coincidiendo su mandato con las renovaciones legislativas. San Juan prevé que el presidente, el vicepresidente y un vocal sean designados por la Cámara de Diputados a propuesta del Poder Ejecutivo —conservando su cargo mientras dure su buena conducta— y los dos vocales restantes por la Cámara de Diputados, uno por cada bloque que le siga al mayoritario, durando en su cargo el mismo período que los diputados. En caso de resultar una sola minoría, ésta propondrá los dos vocales. Santiago del Estero preceptúa que tres de sus miembros son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Diputados y los dos restantes por ésta; uno a propuesta del bloque de la mayoría y el segundo a propuesta de la minoría. Santa Cruz dispone que sus miembros serán designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la cámara, salvo uno que lo será a propuesta del partido político que constituya la primera minoría en la provincia.

c.5. Duración en el cargo

En este punto encontramos distintos tipos de soluciones normativas.

1. El grueso de las constituciones provinciales se inclina por establecer la inamovilidad en el cargo.

2. Otras determinan una designación de carácter periódico, estableciendo un mandato de seis años (Chubut, La Rioja y Santa Fe). En Córdoba, donde los miembros del Tribunal de Cuentas son elegidos popularmente y pueden ser reelegidos, el período de funciones es de cuatro años.

c.6. Remoción

Tanto para el caso de designación *per vitam* o de designación o elección periódica, los miembros de los tribunales de cuentas gozan de estabilidad en el cargo, la que se pierde por las causales y procedimientos establecidos en cada constitución para hacer efectiva su responsabilidad política.

LOS TRIBUNALES DE CUENTAS EN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES

Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
Buenos Aires	V (Poder Ejecutivo), cap. VII, art. 159	1 presidente 4 vocales	Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado	Presidente: abogado. Vocales: contadores públicos	Inamovibles. Igual procedimiento de remoción que los jueces de las cámaras de apelación por un Jurado de Enjuiciamiento
Catamarca	III (Poder Ejecutivo), cap. IX, arts. 189 a 194	1 presidente 2 vocales	Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado	Presidente: abogado con 4 años de ejercicio en la profesión. Vocales: contadores con 4 años de ejercicio en la profesión	Inamovibles. Igual procedimiento de remoción que los jueces, a través del Jurado de Enjuiciamiento
Córdoba	2ª parte, secc. 1 (Poder Legislativo), cap. VI, arts. 126 y 127	3 miembros Puede ser ampliado, siempre en número impar con un máximo de 7 miembros	Elegidos por el pueblo con representación de las minorías	Argentinos. Abogados o contadores. 10 años de ejercicio en la profesión. 5 años de residencia en la provincia. 30 años de edad	4 años. Pueden ser sometidos a juicio político por las causales establecidas en la Constitución



Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
Chaco	VI (Organismos de control), cap. II, arts. 177 a 181	5 miembros	Designados por los 2/3 de los miembros de la Cámara de Diputados, respetando la proporcionalidad de los partidos políticos y las minorías	2 abogados y 3 contadores públicos. Presidencia rotativa por períodos anuales. Argentinos. 10 años de ejercicio en la profesión o en el desempeño del cargo público	Sujetos a juicio político
Chubut	Parte II, Tít. I, secc. V (Organos de contralor), cap. III, arts. 219 a 223	5 miembros	2 miembros son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura	3 contadores y 2 abogados. Argentinos. 7 años de ejercicio en la profesión. 5 años de residencia en la provincia	Inamovibles mientras dure su buena conducta. Removibles a través del Tribunal de Enjuiciamiento
			3 miembros son designados por la Legislatura (1 por el bloque mayoritario y 2 a propuesta de las 1ª y 2ª minorías)	6 años y son inamovibles durante ese período. Pueden ser redesignados. Removibles a través del Tribunal de Enjuiciamiento	
Corrientes	I (Poder Legislativo), cap. IX	5 miembros	Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado	2 abogados y 3 contadores. 30 años de edad y 8 de ejercicio profesional. Presidente: elegido de su seno, se renovará anualmente	Inamovibles mientras dura su buena conducta. Sólo pueden ser removidos por juicio político
Entre Ríos	V (Poder Ejecutivo), cap. V, art. 143	1 presidente 2 vocales	Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado	Presidente: abogado. Vocales: contadores	Inamovibles. Enjuiciables igual que los jueces de primera instancia, por un Jurado de Enjuiciamiento
Formosa	4ª parte, cap. II, arts. 150 y 151	1 presidente 2 vocales	Designados por la Legislatura a propuesta del Poder Ejecutivo	Presidente: abogado. Vocales: contadores	Inamovibles. Removidos y enjuiciados en la misma forma y en los mismos casos que los jueces del Superior Tribunal de Justicia
Jujuy	X (Organismos de control), cap. II, arts. 199 a 201	1 presidente 4 vocales	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura	Presidente: abogado. Vocales: 2 abogados y 2 contadores	Inamovibles. Removidos por juicio político

Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
La Pampa	III (Órganos de control), cap. II, arts. 103 y 104	1 presidente 2 vocales	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Diputados. Elegido de una terna presentada por el Consejo de la Magistratura	Abogados o contadores	Inamovibles. Enjuiciables por los procedimientos previstos en la Constitución a través del Jurado de Enjuiciamiento
La Rioja	Cap. IX (Órganos de fiscalización y asesoramiento), arts. 147 a 151	1 presidente 1 vicepresidente 3 vocales	Presidente y vicepresidente: designados por la Cámara de Diputados a propuesta del bloque mayoritario. Vocales: 1 designado por la Cámara de Diputados a propuesta del bloque mayoritario y 2 propuestos por los dos bloques que le siguen al mayoritario	Abogados o contadores (3 abogados y 2 contadores). Deberán reunir los requisitos para ser diputado provincial	6 años y pueden ser reelectos. Son removidos mediante juicio político
Mendoza	V (Poder Judicial), cap. V, arts. 181 a 185	1 presidente 2 vocales por lo menos	Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado	Presidente: letrado y reunir los requisitos para ser miembro de la Suprema Corte. Vocales: contadores de la matrícula, ciudadanía en ejercicio, 30 años de edad y menos de 65 años	Removidos por Jury de Enjuiciamiento
Misiones	2ª parte, secc. I, Tít. II, cap. VI (Poder Ejecutivo), arts. 132 y 133	1 presidente 2 vocales	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Representantes	Presidente: abogado. Vocales: contadores	Inamovibles. Removibles por las causales de juicio político a través del Jurado de Enjuiciamiento
Neuquén	3ª parte, Tít. VI (Órganos de defensa de los intereses del Estado y de contralor), cap. III, arts. 258 a 264	1 presidente 2 vocales	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura	Presidente: condiciones para ser miembros del tribunal superior. Vocales: contadores, ciudadanía en ejercicio, 25 años de edad y 3 años de ejercicio en la profesión en la provincia	Enjuiciables en la misma forma y por las mismas causas que los jueces de primera instancia, a través del Jurado de Enjuiciamiento

Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
Río Negro	III (Poder Legislativo), cap. VII (Órganos de control externo), arts. 161 a 163 y 166	3 miembros	Designados por la Legislatura a propuesta del Poder Ejecutivo	Abogado o contador, 10 años de ejercicio en la profesión. Deben tener iguales requisitos que para ser legislador	6 años y pueden ser reelectos. Son removidos por juicio político
San Juan	X, cap. único, arts. 256 a 262	1 presidente 1 vicepresidente 3 vocales	Presidente y vicepresidente: por la Cámara de Diputados a propuesta del Poder Ejecutivo. Vocales: 1 por la Cámara de Diputados a propuesta del Poder Ejecutivo 2 a propuesta de los dos bloques que le siguen a la mayoría	Presidente y vicepresidente: condiciones para ser miembro de la Corte de Justicia. Vocales: título universitario habilitante en materia contable, económica, financiera o administrativa, inscriptos en la respectiva matrícula, con ciudadanía en ejercicio, veinticinco años de edad y tengan al menos cinco años de efectivo ejercicio profesional o desempeño de cargo que requiera tal condición	Duran mientras dure su buena conducta y cumplan sus obligaciones legales
					Duran el mismo período que los diputados y pueden ser reelectos
					Todos pueden ser removidos por las mismas causales y en la misma forma que los tribunales inferiores, a través del Jurado de Enjuiciamiento
San Luis	Cap. XXV, arts. 238 a 246	5 miembros	3 elegidos por la Cámara de Senadores a propuesta del Ejecutivo	3 contadores, 2 abogados, 25 años de edad, 5 años de ejercicio en la profesión o en cargo	Conservan su cargo mientras dure su buena conducta y cumplan con sus obligaciones legales. Removibles por el Jurado de Enjuiciamiento
					Duran 2 años en su mandato, coincidiendo con las elecciones legislativas. Removibles por el Jurado de Enjuiciamiento
			2 son elegidos por la asamblea legislativa, 1 a propuesta de la mayoría y 1 a propuesta de la minoría		

Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
Santa Cruz	VI (Poder Ejecutivo), cap. IV, art. 123	La cantidad de integrantes será determinada por ley	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara, salvo uno que deberá ser designado a propuesta del partido político que represente la primera mayoría		No hay previsión especial. En general se dispone que los funcionarios nombrados con acuerdo no pueden ser removidos sin el mismo requisito
Santa Fe	IV (Poder Ejecutivo), cap. V, art. 81		Poder Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa		Duran 6 años en su cargo y pueden ser removidos por juicio político
Santiago del Estero	Tit. III (Órganos de control), cap. II, arts. 170 a 173	5 miembros	3 designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Diputados 2 designados por la Cámara de Diputados, 1 por la mayoría y 1 por la minoría	Contadores o abogados, 35 años de edad, 10 años de ejercicio en la profesión, 2 años de ciudadanía, 3 de residencia inmediata en la provincia	Duran 4 años en sus funciones. Pueden ser reelegidos por una sola vez consecutiva o alternativa. Removibles por juicio político
Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur	IV (Órganos de control), cap. I, arts. 163 a 166	3 miembros	Designados por el Poder Ejecutivo: Abogado a propuesta del Consejo de la Magistratura. Contador 1 a propuesta de la Legislatura. Contador 2 a decisión del Poder Ejecutivo	2 contadores, 1 abogado, Argentino, 10 años de ejercicio de la ciudadanía, 30 años de edad, 5 años de ejercicio en la profesión	Inamovibles mientras dure su buena conducta y pueden ser removidos por juicio político
Tucumán	III (Poder Legislativo), cap. II (Órganos de control), arts. 78 a 80	3 vocales	Designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura por mayoría absoluta	Abogados o contadores, 35 años de edad, 10 años de ejercicio, 2 años de residencia inmediata en la provincia	Inamovibles mientras dure su buena conducta. Pueden ser removidos por juicio político

d) Funcionamiento y organización interna

Las constituciones no hacen referencia a la obligación de actuar en pleno, lo que podrá ser objeto de reglamentación legal. Sólo la Constitución de Chaco establece que su tribunal (de cinco miembros) deberá organizarse en dos salas que estarán integradas por los vocales que no ejerzan la presidencia (rotativa) y pertenecientes a diferentes profesiones y partidos políticos, señalando que la ley podrá prever excepciones a esta exigencia cuando se muestre de imposible el cuerpo.

e) Funciones y atribuciones

Las constituciones provinciales y las leyes orgánicas establecen distintas funciones y atribuciones a los tribunales de cuentas, a su vez con distinto alcance, por lo que para su determinación en cada provincia remitimos a la legislación respectiva. Hecha esta salvedad, efectuaremos a continuación una enumeración descriptiva de las que se encuentran contempladas normalmente.

e.1. Funciones

Destacamos las siguientes:

1. Efectuar el control externo de la gestión económica, financiera y patrimonial de la hacienda pública ³³.
2. Aprobar o desaprobar, en forma originaria o en forma ulterior, la inversión de los caudales públicos efectuada por los empleados, funcionarios y administradores de fondos públicos y su recaudación, en particular, respecto de la Ley de Presupuesto y en general, acorde con lo que determine la ley.
3. Intervenir preventivamente o ulteriormente en los actos que dispongan gastos. En caso de intervención preventiva, de mantener sus observaciones y haber insistencia del Ejecutivo, elevar los antecedentes a la Legislatura o elevarlos directamente en caso de intervención ulterior.
4. Realizar, por propia iniciativa o a pedido de la Legislatura, investigaciones, procedimientos de control por auditorías y exámenes especiales, por sí o a través de auditores externos privados.
5. Informar a la Legislatura sobre las cuentas de inversión del presupuesto anterior.
6. Examinar y decidir en los procedimientos o juicios de determinación de responsabilidad y de rendición de cuentas.
7. Intervenir en los procedimientos de juicios de residencia ³⁴.
8. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y procedimientos administrativos que regulan la actividad hacendal pública.
9. Fiscalizar y vigilar las operaciones financieras y patrimoniales del Estado.
10. Controlar la gestión de fondos nacionales o internacionales ingresados a los entes que fiscaliza.
11. Adoptar las medidas necesarias para prevenir y corregir irregularidades.

³³ Normalmente su control se extiende a los municipios, entes de la administración centralizada y descentralizada, empresas públicas, sociedades del Estado o con participación estatal y beneficiarios de aportes y subsidios. Respecto a los municipios, en algunas provincias éstos cuentan con tribunales de cuentas propios; en otras provincias esa posibilidad se reserva a los municipios de mayor importancia, sean de primera categoría o que estén facultados para dictar su propia carta orgánica; en algunas el Tribunal de Cuentas de la provincia crea delegaciones para efectivizar el control a nivel municipal y en otras sólo existe un Tribunal de Cuentas provincial con competencia de control externo de las haciendas públicas municipales.

³⁴ La institución de juicio de residencia ha sido receptada en la Constitución de Tierra del Fuego en su art. 190.

12. Analizar los hechos, actos u omisiones de los que pudieren derivarse perjuicios patrimoniales para la hacienda pública.

e.2. Atribuciones

Señalamos las siguientes:

1. *De organización y administración:* Remitir su presupuesto anual al Poder Ejecutivo, el que, sin perjuicio de su aceptación o rechazo total o parcial, debe elevarse al Poder Legislativo; disponer y aprobar sus gastos con arreglo a lo que establecen las disposiciones legales vigentes; designar, promover y remover al personal de su dependencia y efectuar contrataciones de conformidad con las normas aplicables; dictar sus propios reglamentos; crear delegaciones, designar síndicos y descentralizar y desconcentrar el ejercicio de sus funciones para su mejor desempeño.

2. *De control e investigación:* inspeccionar las oficinas, reparticiones, dependencias y entes que administren fondos públicos e instituciones en que el Estado tenga intereses; requerir todos los antecedentes e informes que le sean necesarios para el cumplimiento de su cometido y exigir la presentación de libros, expedientes y documentos a los organismos sujetos a su fiscalización; solicitar en forma directa, informes o dictámenes; requerir informes a las contadurías y tesorerías generales sobre el desarrollo y registro de las operaciones financiero-patrimoniales; solicitar la colaboración de los técnicos de los organismos del Estado cuando se trate de cuestiones que requieran de personal especializado; contratar especialistas externos privados cuando las circunstancias del caso así lo recomienden; establecer delegaciones integradas con personal de su dependencia para el cumplimiento de sus funciones en los entes sometidos a su contralor; verificar la correlación de los estados presupuestarios, financieros y patrimoniales con los balances integrales consolidados; requerir rendiciones de cuentas y fijar los plazos de su presentación; constituirse en cualquier ente sujeto a su contralor para efectuar comprobaciones y verificaciones o recabar informes; realizar auditorías externas y efectuar investigaciones en las dependencias administrativas e instituciones donde el Estado tenga intereses; fiscalizar la inversión de subsidios otorgados por el Estado; realizar arcos de caja y relevamientos de inventarios; poner en conocimiento de la autoridad competente las transgresiones a las normas que rijan la gestión financiero-patrimonial, aunque de ellas no se deriven daños para la hacienda pública; llevar el registro de las declaraciones juradas de bienes de los funcionarios públicos; recibir las rendiciones periódicas de los funcionarios que manejen bienes del patrimonio público; controlar el cumplimiento de la coparticipación impositiva a los municipios; suscribir convenios con organismos o instituciones públicas o privadas de cooperación, asistencia o capacitación técnica; celebrar convenios con organismos similares de otras jurisdicciones para la fiscalización conjunta de los entes interestadales sujetos a su competencia; requerir el auxilio de la fuerza pública para asegurar el normal desarrollo de sus funciones y para lograr el cumplimiento de sus resoluciones.

3. *De interpretación y asesoramiento*: interpretar las normas establecidas en las leyes orgánicas de los tribunales; formular interpretaciones con el carácter de recomendación o con efecto vinculante y obligatorio para los responsables del manejo de la hacienda pública; asesorar a los poderes del Estado provincial en los temas de su competencia; evacuar consultas sobre la interpretación de la legislación o de casos prácticos que se le realicen; fijar la doctrina aplicable en materia de su competencia; fijar o reglamentar las normas a las que deben ajustarse las rendiciones de cuentas.

4. *Jurisdiccionales*: examinar y decidir en los juicios o procedimientos de rendición de cuentas y someter al procedimiento administrativo de determinación de responsabilidad a cualquier estipendiario de la provincia; tomar conocimiento e intervenir en todo sumario administrativo que se inicie contra agentes de la Administración responsables de rendiciones de cuentas o que manejen valores o fondos, exclusivamente en salvaguardia de intereses fiscales que pudieran estar afectados³⁵; deducir ante la justicia, por sí o a través del órgano legalmente predispuesto, las acciones tendientes a la ejecución sus fallos.

5. *Disciplinarias y sancionatorias*: aplicar sanciones³⁶, llamados de atención, apercibimientos, amonestaciones y multas dentro de los límites fijados por la ley³⁷.

6. *De publicidad e información*: elaborar anualmente la memoria de su gestión en el año anterior y elevarla al Poder Legislativo para su consideración; rendir cuentas de su gestión económica y financiera; elevar informes a la Legislatura por grave incumplimiento o irregularidades; informar a la opinión pública del resultado de sus actividades; denunciar ante quien corresponda las irregularidades detectadas a fin de hacer efectivas las responsabilidades políticas, administrativas, civiles o penales que pudieren corresponder.

3. Los tribunales de cuentas y el control. Análisis de sus principales funciones y atribuciones

a) Justificación metodológica

Más allá de la descripción precedente de las funciones y facultades de los tribunales de cuentas, es conveniente realizar un análisis de las más relevantes a los fines de materializar su función de control.

³⁵ A ese fin será obligación de las autoridades competentes informar de inmediato al Tribunal de Cuentas de todo sumario administrativo que se inicie a tales efectos.

³⁶ Algunas legislaciones orgánicas disponen que el producido de las multas que el tribunal imponga se destinen a un fondo de perfeccionamiento institucional o a la capacitación de sus agentes.

³⁷ Las sanciones pueden ser aplicadas, por ejemplo, por transgresiones de carácter formal a disposiciones legales o reglamentarias referidas a la administración de fondos públicos; por incumplimiento de las instrucciones relativas a la forma en que deban ser presentadas las cuentas; por morosidad en la presentación de rendiciones de cuentas, una vez vencido el término del emplazamiento o por falta de respeto o desobediencia a sus resoluciones.

Antes de hacerlo es necesario establecer los distintos tipos de control y su alcance. Ello facilitará una mejor comprensión del tema y de su evolución a través del tiempo, habida cuenta de que se ha discutido y se discute en doctrina si el control "externo" del tribunal de cuentas debe comprender sólo los aspectos de legalidad del acto administrativo vinculado a la hacienda pública o si también debe analizar su conveniencia; si el control debe realizarse una vez que el decisorio ha sido emitido (control posterior) o si debe plantearse también con anterioridad (control previo y concomitante), y, por fin, si los actos bajo análisis son sólo aquellos que disponen un gasto (repercusión hacendal directa) o también otros que, sin disponer una erogación concreta, inciden de alguna forma sobre los recursos públicos (repercusión hacendal indirecta o mediata)³⁸.

Posteriormente, examinaremos las atribuciones de control de mayor relevancia, concentrándonos en las de: 1) revisión y dictamen de la cuenta general del ejercicio, 2) visación u observación de los actos administrativos que dispongan gastos, 3) realización de auditorías o investigaciones, y 4) ejercicio de facultades jurisdiccionales en orden a los juicios de cuentas y responsabilidad.

b) El control de los tribunales de cuentas

b.1. Tipos de control

Los controles pueden clasificarse con relación a la materia sobre la que recae, el momento en que se produce, por el órgano que lo realiza y el ámbito en que actúa.

— En relación con la *materia*, el control puede recaer sobre la juridicidad (legalidad y gestión) y el mérito³⁹.

— Respecto del *momento* en que se produce puede ser preventivo, previo, concomitante (o simultáneo) y posterior (o ulterior o crítico).

— Por el *órgano* que lo lleva a cabo: control administrativo, control legislativo y control judicial.

— Respecto del *ámbito* en que actúa, puede ser interno o externo.

El control interno se desarrolla en la propia organización y depende de ella. El control externo se realiza por un órgano ajeno e independiente del ente fiscalizado.

³⁸ ROSATTI, Horacio, *Tratado...*, cit., p. 263.

³⁹ El control de *legalidad* tiene como fin verificar la concordancia de los actos administrativos con la normativa vigente, el de *gestión* examinar y evaluar la economía, eficiencia y eficacia de una determinada gestión y el de *mérito* evaluar los resultados de las políticas públicas, su productividad, conveniencia, momento, calidad y costo de oportunidad (ETIENOT, María E. - ULAGNERO, Micaela C., "Principales aspectos del control preventivo en la provincia de Córdoba. Conexión con la responsabilidad funcional", <http://elcontrolpublico.com.ar>).

b.2. El alcance del control de los tribunales de cuentas

Se advierte una clara *evolución* del alcance del control por parte de los tribunales de faltas que nos permite distinguir distintas *etapas* sobre la base de la forma de su realización.

Tradicionalmente las normas atributivas de competencia de los tribunales de cuentas y la doctrina y la jurisprudencia han señalado que su control se efectúa sobre la legalidad o legitimidad de los actos bajo examen.

Esto significa que, en una *primera etapa*, partiendo de la diferenciación entre la actividad reglada (legalidad o legitimidad) y la actividad discrecional (mérito, oportunidad y conveniencia), el control recaía sobre la actividad reglada.

En una *segunda etapa*, este control sobre la legalidad del acto (control de legalidad o legitimidad) se amplió a la evaluación de la correspondencia del acto con todo el ordenamiento jurídico (control de juridicidad); y por último, en una *tercera etapa*, se extendió al denominado control de gestión.

Por lo tanto, podemos decir que la fiscalización de los tribunales de cuentas actualmente se refiere a un *control de juridicidad en sentido amplio*, que comprende el control de legalidad o juridicidad y el de gestión (economía, eficiencia, eficacia) ⁴⁰.

Los tribunales de cuentas no pueden nunca ejercer el *control de mérito*. Éste se vincula a la valoración política y es propio de la zona de reserva constitucional. Por su naturaleza política no es susceptible de ser realizado por un órgano externo de carácter técnico, como los tribunales de cuentas ⁴¹.

La primera ampliación del control de legalidad o legitimidad al control de juridicidad ha sido adoptada en la actualidad como lógico corolario de las reformas constitucionales operadas en distintos países ⁴² y en las constituciones provinciales ⁴³, las que subordinan la actuación de la Administración Pública no sólo a la legalidad sino también al derecho, es decir que la sujetan al orden jurídico, a todo el sistema normativo ⁴⁴.

Ello importa que la actividad administrativa del Estado está sujeta no sólo a la ley sino también a los principios generales del derecho, los que, junto a la ley, pasan a constituir el marco de juridicidad que regula la actividad administrativa. El controlador debe tener en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico.

De esta forma el control del acto administrativo que impacte en la hacienda pública debe efectuarse en un contexto más amplio que el de la ley y tener en cuenta si se verifican el respeto de la buena fe, la igualdad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la congruencia, el precedente; y la ausencia de sus vicios:

⁴⁰ SESIN, Domingo J., "Tribunal de Cuentas...", cit., p. 295.

⁴¹ SESIN, Domingo J., "Tribunal de Cuentas...", cit., p. 296.

⁴² Ley Fundamental de Bonn (art. 20, ap. 3), Constitución italiana de 1948 (art. 97) y la Constitución española (arts. 9.2 y 103.1).

⁴³ Por ejemplo, Constitución del Córdoba, art. 174.

⁴⁴ SESIN, Domingo J., "Tribunal de Cuentas...", cit., p. 296.

la desviación del poder, falsedad en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la irrazonabilidad, entre otros ⁴⁵.

c) El control de gestión

c.1. Caracterización

El control de gestión constituye la *última etapa* en la ampliación del control propio de los tribunales de cuentas. Su inclusión permite hablar de la existencia de un *control de juridicidad en sentido amplio*.

Es un control *sucesivo o posterior* de la gestión de la ejecución del presupuesto ⁴⁶ y del patrimonio de la Administración.

El control de gestión se realiza sobre los conceptos de economicidad, eficiencia y eficacia ⁴⁷. El control de *eficacia* verifica si los objetivos del ente han sido alcanzados. El de *economicidad* si se han elegido los medios menos onerosos para conseguir el objetivo prefijado. El de *eficiencia* si los medios han sido utilizados de manera apropiada.

El control de gestión apunta más que a la legalidad-regularidad de gastos, sobre la cual se apoya, a la sana gestión financiera.

Mientras el control de legalidad o legitimidad concierne a los actos individuales, el control de gestión recae sobre la actividad considerada en el conjunto de sus efectos operativos y sociales y, sobre todo, en la estructura misma de la función de control. Es un control *a posteriori* que confronta los resultados efectivamente logrados en la realidad y lo planificado normativamente *a priori* ⁴⁸.

El control de gestión tiene un carácter eminentemente *colaborativo*. Tiene de a garantizar que cada sector de la Administración Pública responda al modelo ideal trazado por la Constitución. Pretende que las diversas unidades administrativas respeten los principios de legalidad, imparcialidad y eficiencia ⁴⁹.

⁴⁵ Así se amplía el control más allá de los clásicos elementos o requisitos de legitimidad que tradicionalmente recaen sobre la competencia, causa, motivación, objeto, forma, procedimiento y fin, con sus consecuentes vicios. Ello autoriza a hablar de control de juridicidad en un sentido amplio en vez de mero control de legalidad o legitimidad, extendiendo la estrategia o metodología de fiscalización a la revisión del acto con un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico, más allá de la mera construcción de un silogismo lógico jurídico sobre la base de la ley (SESIN, Domingo J., "Tribunal de Cuentas...", cit., ps. 296/297).

⁴⁶ Por ejemplo, la Carta Orgánica Municipal de la ciudad de Córdoba, sancionada en 1995, establece como atribución del Tribunal de Cuentas el "Ejercer control de gestión sobre la ejecución presupuestaria" (art. 95, inc. 16).

⁴⁷ Por ello generalmente se sostiene que el control de gestión abarca las "las tres e".

⁴⁸ SESIN, Domingo J., "Tribunal de Cuentas...", cit., p. 301.

⁴⁹ SESIN, Domingo J., "Tribunal de Cuentas...", cit., p. 300. En este sentido es ilustrativa la disposición de la Constitución de Córdoba, cuando en su art. 174 dispone que: "La Administración Pública debe estar dirigida a satisfacer las necesidades de la comunidad con eficacia, eficiencia y economía, procurando el cual busca armonizar los principios de centraliza-

El control de gestión por sus objetivos, efectos y modalidad de ejercicio, es un control de carácter esencialmente *empírico*. Se inspira en cánones o estándares de común experiencia que encuentran su racionalización en los conocimientos técnico-científicos, propios de las variadas disciplinas utilizadas a los fines de la evaluación de los resultados de la actividad administrativa ⁵⁰.

c.2. Límites

El control de gestión sobre la eficacia no alcanza el mérito de las políticas adoptadas, pero sí examina cómo las políticas son implementadas.

Es un control *sobre los medios*, no sobre los objetivos. Los objetivos son fijados por la autoridad política, y los méritos (oportunidad y conveniencia) son irrevisables por el órgano de control. Pero los objetivos tienen que estar fijados en forma clara y cuantificada ⁵¹ y la eficacia, eficiencia y economicidad de su implementación sí es susceptible de control por el órgano externo. Es decir, son los medios y no los fines los que se controlan.

En el sistema normativo en general y más específicamente en las leyes de administración financiera, de contabilidad, de contrataciones, orgánicas de los entes de control, entre otras, existen normas, reglas o pautas que permiten evaluar objetivos, medios y costos de la actividad financiera del Estado. Y aun ante la inexistencia de una norma previa que específicamente y con detalle se refiera a estas cuestiones, lo mismo puede aplicarse una regla técnica, científica o de experiencia de universal consenso o al menos generalmente aceptada para realizar el control. Y estas reglas integran el sistema normativo y como tal transforman las acciones estatales, dentro de estos límites, en una actividad reglada o vinculada. Esta pertenencia al sistema jurídico es la que permite el control a fin de verificar si se han cumplido las normas jurídicas o las reglas señaladas.

En este sentido podemos decir que el control de gestión integra el control de juridicidad en un sentido amplio y por lo tanto puede efectivizarse por un órgano de control externo.

ción normativa, descentralización territorial, desconcentración operativa, jerarquía, coordinación, imparcialidad, sujeción al orden jurídico y publicidad de normas y actos”.

⁵⁰ SESIN, Domingo J., “Tribunal de Cuentas...”, cit., ps. 300/301. El control de gestión implica: a) la individualización del accionar administrativo que será sujeto a control, b) la definición de los criterios o parámetros para medir y evaluar, c) la identificación de la metodología de los análisis y, d) la determinación de la actividad instructora e inspecciones por realizar. De esta forma verifica la regularidad y legitimidad de la gestión y el funcionamiento de los controles internos, y analiza si los resultados de la actividad administrativa se adecúan a los objetivos establecidos por la ley, evaluando costos, modos y tiempos de la actividad administrativa. Para efectivizarlos, el Tribunal de Cuentas define anualmente los programas y criterios sobre los cuales recaerá el control.

⁵¹ Así, por ejemplo, la Constitución de Córdoba, en su art. 70, establece que el presupuesto provincial prevé los recursos, autoriza las inversiones y gastos y “explicita los objetivos que deben ser cuantificados cuando la naturaleza de los mismos lo permita”.

¡Llegaron los GIGAS que tu celu pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar

Ahora bien, si se trata de controlar una técnica opinable, el tribunal de cuentas no puede intervenir, porque ingresaría en el ámbito de la discrecionalidad. La *discrecionalidad* aparece cuando hay varias posibilidades opinables para decidir, cuando la solución es opinable y admite varias opciones igualmente válidas para el derecho. En tales casos, dirimir o resolver la cuestión mediante la discrecionalidad es una función que corresponde exclusivamente al poder administrador ⁵².

El órgano de control externo no administra, sólo puede y debe interpretar el derecho vigente, el universo jurídico integrado por normas y por reglas técnicas, científicas o de experiencia, en pos de verificar si el orden jurídico ha sido respetado, si la discrecionalidad ha sido ejercida dentro del marco del derecho. En cambio, la Administración “actúa”, y para tal accionar, el mismo derecho la faculta en ciertos casos a ejercer una discrecionalidad creativa en función del interés público en juego, asignándole el poder de decisión para que resuelva en pos de lo más conveniente, teniendo en cuenta la eficacia, eficiencia o economía ⁵³.

En conclusión, cuando el ordenamiento jurídico otorga a la administración una facultad discrecional que implica la posibilidad de elección entre alternativas igualmente válidas para el derecho, inspirándose en valoraciones de interés público, como la eficacia, eficiencia, economía, al tribunal de cuentas u órgano de control externo le cabe el deber custodiar fielmente la legalidad, transparencia administrativa, economicidad, eficacia y eficiencia, interpretando el orden normativo previo, remitiéndose incluso a reglas técnicas, científicas o de experiencia, las que, en definitiva, forman parte del marco reglado o vinculado, expresa o implícitamente ⁵⁴.

d) Función de revisión de la cuenta general de ejercicio

d.1. Caracterización

La revisión de la cuenta general del ejercicio ⁵⁵ importa la realización de un estudio técnico jurídico y contable de legalidad y de correspondencia documental.

De la revisión surge el dictamen que se eleva a la Legislatura, en la que se informa: a) los estados de saldos de la cuenta al comienzo y final del ejercicio,

⁵² Caso contrario se corre el riesgo de sustituir el criterio opinable del administrador por el criterio no menos opinable de quien efectúe el control externo, con el agravante de que el sistema jurídico dispone que tal margen de libertad lo completará el poder administrador (SE SIN, Domingo J., “La intensidad del control de los tribunales de cuentas frente al nuevo milenio”, en *Estudios de derecho administrativo V*, Dike, Mendoza, 2001, p. 244).

⁵³ SESIN, Domingo J., *La intensidad del control...*, cit., ps. 246/247.

⁵⁴ SESIN, Domingo J., *La intensidad del control...*, cit., p. 247.

⁵⁵ En las normas, doctrina y prácticas administrativas se utilizan indistintamente términos tales como cuenta general de ejercicio, balance general, cuenta general de inversiones, cuentas de la renta, balance anual, cuenta anual de la administración, entre otras.

131

b) las observaciones formuladas durante dicho ejercicio y c) toda otra información que se estime conveniente y relevante hacer conocer ⁵⁶.

De esta forma la Legislatura, mediante un control posterior o *ex post facto*, puede analizar la relación entre el gasto autorizado presupuestariamente y el realizado efectivamente (control técnico legal y contable) y la forma (oportunidad y conveniencia) en que éste fue realizado (control político).

La revisión de la cuenta general del ejercicio y el dictamen ante la Legislatura es una actividad previa al control político que realiza el órgano deliberante respecto de la congruencia entre lo previsto en el presupuesto anual y lo efectivamente realizado ⁵⁷.

Sin embargo, esta actividad de control no ha sido debidamente jerarquizada, pese a que la cuenta general del ejercicio es el acto de rendición de cuentas de la ejecución del presupuesto y una instancia de verificación de si el plan de gobierno se ha cumplido.

d.2. Evolución

Recordemos que el presupuesto es, desde un punto de vista técnico, una estimación de los ingresos y una autorización para gastar conforme a las asignaciones dispuestas, y desde el punto de vista político, un verdadero programa de gobierno, por lo que la cuenta general del ejercicio constituye la rendición de cuentas que hace el ejecutivo de cómo ha gastado y si ha cumplido con los objetivos que se ha propuesto.

En un principio, las legislaciones sólo exigían que la cuenta general contuviera información de contenido netamente financiero. En consecuencia, con ello el control de los tribunales de cuentas se limitaba a un control documental, contable y financiero.

Como anticipáramos, se discutió mucho en doctrina si el control podía ir más allá y, en caso afirmativo, con qué límites.

Actualmente las leyes financieras obligan a los ejecutivos a exponer los resultados de gestión en términos de eficacia, eficiencia y economía. Consideramos que coherentemente con ello, el control debe alcanzar esos aspectos ⁵⁸.

⁵⁶ *Tribunales de Cuentas...*, cit., ps. 94/95.

⁵⁷ Se ha dicho en doctrina que el informe técnico y el dictamen se realizan en verdad sobre los "gastos" y no sobre las "inversiones", porque lo que se escruta es la erogación, con prescindencia de su finalidad (ROSATTI, Horacio, *Tratado...*, cit., p. 265).

⁵⁸ En el sentido de lo expuesto, el art. 95, Ley de Administración Financiera Nacional (ley 24.156) dispone que "La cuenta de inversión (...) contendrá como mínimo: a) Los estados de ejecución del presupuesto de administración nacional, a la fecha de cierre del ejercicio. b) Los estados que muestren los movimientos y situación del Tesoro de la administración central. c) El estado actualizado de la deuda pública interna, externa, directa e indirecta. d) Los estados contable-financieros de la administración central. e) Un informe que presente la gestión financiera consolidada del sector público durante el ejercicio y muestre los respectivos resultados operativos económicos y financieros. La cuenta de inversión contendrá además comentarios sobre: a) El grado de cumplimiento de los objetivos, b) el grado de cumplimiento de los objetivos, c) el grado de cumplimiento de los objetivos, d) el grado de cumplimiento de los objetivos, e) el grado de cumplimiento de los objetivos".

d.3. Aspectos de la revisión

La vinculación entre el presupuesto y la cuenta de inversión permite al tribunal realizar el control en la triple dimensión de eficacia, eficiencia y economicidad.

El *control de eficacia* verifica si la actividad administrativa ha alcanzado los objetivos propuestos, metas programadas o resultados previstos en el presupuesto o en el instrumento en que existía una planificación pre normada donde se incluían esos propósitos, metas o resultados, transformándola, explícita o implícitamente, en una actividad reglada o vinculada, susceptible de fiscalización. Aun cuando no exista un objetivo, meta o resultado legislativa o reglamentariamente pre normado, éstos pueden resultar de una regla técnica, científica o de experiencia, que hace al control posible, ya que tal pauta pasa a formar parte del orden jurídico ⁵⁹.

El *control de eficiencia* analiza si los recursos utilizados para alcanzar los objetivos han sido los idóneos. Importa examinar la productividad de las operaciones o actividades con unas medidas, patrones, criterios o estándares de desempeño, los que normalmente se encuentran aprobados o previstos facilitando el control sobre la base de esas pautas objetivables. En su ausencia también puede aplicarse una regla técnica, científica o de experiencia de universal consenso o generalmente aceptada, que haga posible el control ⁶⁰.

La economicidad está estrechamente relacionada con el menor costo posible para la adquisición de los recursos necesarios para satisfacer un interés público. El *control de la economía* importa verificar si los costos insumidos han sido los mínimos posibles, es decir si se ha erogado lo necesario, prudente o razonablemente, para alcanzar una meta, objetivo o resultado. Existen numerosas pautas de carácter técnico al respecto para efectuar el control. Los valores del mercado son un ejemplo de ellas ⁶¹.

En conclusión, la revisión que se haga de la cuenta de inversión debe comprender el control de legalidad, relacionado con la verificación del cumplimiento de normas jurídicas, y el control de gestión que involucra la economía, eficacia y eficiencia ⁶². Este control es posible ya que en definitiva se trata de

tamiento de los costos y de los indicadores de eficiencia de la producción pública; c) La gestión financiera del sector público nacional".

⁵⁹ SESIN, Domingo J., *La intensidad del control...*, cit., p. 248 y IVANEGA, Miriam M., "Reflexiones en torno al control externo de la Administración Pública y sus consecuencias", JA 2004-II-1313; SJA del 5/5/2004.

⁶⁰ SESIN, Domingo J., *La intensidad del control...*, cit., p. 248 y IVANEGA, Miriam M., "Reflexiones...", cit.

⁶¹ SESIN, Domingo J., *La intensidad del control...*, cit., p. 248 y IVANEGA, Miriam M., "Reflexiones...", cit.

⁶² En términos de las ciencias financieras, el juicio de valor referido a la concepción de las tres "e"—economía, eficacia y eficiencia—importa una "auditoría de resultados", superadora de la tradicional "auditoría de procedimientos" o "auditoría de cumplimiento" (DESPOUY, Leandro, "El papel de la Auditoría General de la Nación", <http://elcontrolpublico.com.ar/ecp105/pag056.htm>).

verificar si se han respetado "reglas" jurídicas o de otro tipo pero "reglas" al fin donde el espacio de lo discrecional es generalmente inexistente y excepcionalmente reducido, y aun para este último supuesto hay control de su "ejercicio", ya que estas reglas pasan a formar parte del bloque reglado o vinculado ⁶³.

d.4. Dictamen ante la Legislatura

Realizada la revisión de la cuenta, corresponde al órgano de control emitir el correspondiente dictamen ante la Legislatura, con los alcances que proponemos.

De esta forma la Legislatura, mediante un control posterior o *ex post facto*, puede analizar la relación entre el gasto autorizado presupuestariamente y el realizado efectivamente (control técnico legal y contable), si fue ejecutado conforme a los principios de economía, eficacia y eficiencia, y aun evaluar la forma (oportunidad y conveniencia) en que éste se operó (control político), evaluación de carácter político que, realizada por un órgano de esta naturaleza, le corresponde efectuar como máxima expresión de la representación popular.

d.5. Importancia de la revisión

Como expresáramos respecto de la necesidad de que los controles horizontales (entre órganos) deban integrarse con los controles verticales ejercidos por los ciudadanos, organizaciones de la sociedad civil y otros actores no gubernamentales, coincidimos con Despouy en que las legislaciones provinciales deberían actualizar los marcos normativos de los órganos de control para: a) promover la participación ciudadana en procura de perfeccionar la actividad de control de manera que se les permita tramitar denuncias o tenerlas como antecedentes para sus labores de fiscalización y vigilancia; b) velar porque los organismos estatales brinden adecuada información a los ciudadanos y éstos tengan fácil acceso a las fuentes de información y documentación; c) dar publicidad en tiempo oportuno de los resultados de su labor de control; d) participar en el proceso de sensibilización de la ciudadanía mediante aportes a su educación y capacitación.

Estas ideas republicanas aplicadas a la materia presupuestaria conducen a formular como un principio esencial que es necesario que la ciudadanía sepa cuánto y cómo se ha gastado. Si el presupuesto se trata de una propuesta de gobierno, es decisivo que sea accesible y comprensible, como también es decisivo saber si se cumplió la norma presupuestaria y en qué medida. Por ello la cuenta de inversión no puede ser solamente un tema de especialistas. La eficiencia de la participación ciudadana está condicionada directamente por la información con la que cuenta, por lo que hay que informar a la sociedad civil, en especial a las ONG y demás asociaciones, encontrar los mecanismos que permitan re-

ceptar sus inquietudes, e involucrarla en las actividades de control y en el seguimiento de sus recomendaciones, retroalimentando el sistema de control (Despouy).

e) Función de control previo (análisis, visación y observación)

e.1. Recepción normativa (posturas favorables y contrarias)

La visación y la observación constituyen la forma de expresión de la actividad del control previo a la realización del gasto.

En el derecho público provincial existen constituciones y leyes orgánicas que lo receptan y otras que no, es decir legislaciones que prevén un control previo al acto administrativo de contenido patrimonial y otras que establecen un control posterior a la emisión y ejecución del acto. Tal asimetría hace necesario un análisis de sus distintas implicancias.

1. Los defensores de la postura negativa a que los tribunales de cuentas ejerzan un control previo sostienen que genera duplicidad de funciones con los órganos de control interno, importa un incremento de la dotación de los recursos humanos y materiales, resta celeridad al trámite de emisión y ejecución del gasto y entorpece, obstaculiza y paraliza la actividad administrativa.

2. Los precursores del control previo sostienen que a) previene el daño, ya que con él se puede impedir su concreción (salvo insistencia), evitando las consecuencias jurídicas que puede acarrear un acto viciado y los perjuicios, a veces irreparables, al interés público, ya que frente al daño causado sólo cabe procurar hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios actuantes, lo que rara vez sucede; b) importa una actividad colaborativa ⁶⁴ respecto de los funcionarios públicos al advertirles que existe una irregularidad a fin de que puedan evitarla y quedar a salvo de su eventual responsabilidad política o jurídica; c) asesora, orienta y perfecciona las operaciones de la administración; d) permite detectar a tiempo maniobras incorrectas, ineficaces, ilícitas, antieconómicas o disfuncionales ⁶⁵.

Cabe señalar que algún sector de la doctrina sostiene que aun dentro de un sistema de control ulterior es necesario que el órgano de control externo conserve las facultades de formular observaciones con efecto suspensivo a fin de asegurar la eficacia del control (Cassagne, 1993).

Al mismo tiempo se considera que el control previo y el simultáneo no hacen superfluo el control posterior al que le asignan un carácter de complementario. Así el control posterior: a) reconstruye la totalidad de la cuestión; b) se efectúa sobre la operación en su conjunto; c) evalúa la responsabilidad de los

⁶³ SESIN, Domingo J., *La intensidad del control...*, cit., p. 248.

⁶⁴ SESIN, Domingo J., "Tribunal de Cuentas...", cit., p. 300.

⁶⁵ SESIN, Domingo J., "Tribunal de Cuentas...", cit., p. 299.

funcionarios; y d) sus resultados pueden ser vinculados a cuestiones análogas con el objeto de llegar a importantes conclusiones y enseñanzas útiles ⁶⁶.

e.2. La visación y la observación

Con la visación, aprobación o autorización a realizar el acto que contempla el gasto, éste puede ejecutarse. El acto administrativo adquiere eficacia jurídica.

Con la observación, en caso de estimarse a juicio del órgano de control que el acto contraría o viola las disposiciones legales o reglamentarias, el acto administrativo queda suspendido en sus efectos.

Así, la observación es un acto formal y motivado, que debe ser formulado dentro de un plazo determinado y tiene por efecto "suspender" el cumplimiento del acto en el todo o en la parte observada. La suspensión del cumplimiento del decisorio sólo puede ser removida mediante la insistencia del órgano que lo emitió. La insistencia se trata de un acto formal mediante el cual el órgano insistente imprime ejecutoriedad al acto bajo su exclusiva responsabilidad. La insistencia del órgano emisor hace cesar la competencia del Tribunal de Cuentas, quien debe limitarse a remitir los antecedentes (acto, observación e insistencia) al órgano parlamentario.

Con la comunicación de los antecedentes al órgano legislativo cesa el control técnico y, eventualmente, nace el control constitucional, el que puede concretarse a través de pedidos de informes, interpelaciones, comisiones de investigación y juicios políticos, todos ellos tendientes a analizar la responsabilidad política que puede generar la cuestión ⁶⁷.

e.3. El procedimiento del control previo

El control previo o *a priori* se realiza una vez dictado el acto administrativo que repercute en la hacienda pública, pero antes de que adquiera eficacia, es decir, antes de que produzca los efectos jurídicos mediante la notificación, publicación y su final ejecución ⁶⁸.

El control recae tanto sobre el acto administrativo que importe un gasto como sobre el procedimiento seguido para su emisión.

Sometido el acto al control del tribunal, éste puede: a) visarlo; b) observarlo; c) pedir aclaraciones o nuevos elementos integrativos del juicio; d) sanearlo; y e) visarlo parcialmente.

La visación y la observación son actos administrativos que no pueden ser recurridos administrativamente y revisados judicialmente a instancias del órgano controlado ⁶⁹.

Si el acto es visado, es devuelto a la autoridad que lo emitió para su notificación o publicación, con lo que adquiere plena eficacia.

Si el acto es observado, se suspenden sus efectos.

La observación puede ser definitiva o a los efectos de pedir aclaraciones, ante lo que el órgano que pretende realizar el gasto debe enviar los elementos de juicio necesarios para evitar su observación definitiva.

Si el acto es observado frente a su remisión, la Administración puede: a) compartir la observación y desistir de su realización (retiro); b) compartir la observación y proceder a modificar el acto (vía subsanación o conversión) o remitir al tribunal los nuevos elementos de juicio que estime pertinentes; c) no compartir la observación (ratificación) ⁷⁰.

En caso de compartir la observación procede a modificar el acto, saneando o subsanando los errores cometidos; el acto vuelve al tribunal, que puede: a) estar de acuerdo con el nuevo acto, revocando de oficio la observación y procediendo a su visación; o b) seguir observando, remitiéndolo nuevamente al órgano respectivo.

En caso de no compartir la observación, el gobernador o la máxima autoridad del poder del Estado de que se trate puede dictar un decreto de insistencia ⁷¹ con la firma de todos los ministros (si se trata del Ejecutivo).

En caso de insistencia, el acto vuelve al tribunal el que puede: a) compartir los fundamentos del decreto de insistencia y visar el acto; o b) visar con reserva y elevar los antecedentes al órgano legislativo para que analice la eventual responsabilidad de los gobernantes. La visación con reserva no sana el acto sino que posibilita su ejecución.

El control que puede ejercer el órgano legislativo no resta validez ni eficacia al acto ya cumplido. Tiene como objeto el análisis de la responsabilidad política de quien emitió el decreto de insistencia. La eventual responsabilidad corresponde exclusivamente al órgano insistente.

dicial. Podría decirse que pueden ser revisadas judicialmente en forma indirecta, una vez que el acto administrativo ya ha sido dictado.

⁷⁰ En el caso de compartir la observación, el Poder Ejecutivo podría: a) revocar el acto por razones de grave ilegitimidad originaria o sobreviniente; b) sanear el acto cuando se trate de un acto anulable; c) efectuar la conversión del acto si los elementos válidos del acto observado permiten integrar otro que fuere válido (BARRAZA, Javier I. - SCHAFFRIK, Fabiana H., *El control de la Administración Pública*, cit., p. 97).

⁷¹ La insistencia provoca los siguientes efectos jurídicos: 1. Atribuye responsabilidad exclusiva al órgano que la dispone. 2. Excluye de responsabilidad a los agentes que hubieren dispuesto o intervenido en el acto; la "responsabilidad exclusiva" hace surtir ese efecto (salvo que la insistencia mandara investigarla por tratarse de situaciones consumadas). 3. No excluye la responsabilidad de quienes hubieren ejecutado el acto antes de la insistencia, pues se trataría de una infracción distinta al vicio del acto en cuanto su legitimidad. 4. No sana el acto; sólo habilita su ejecución. 5. Cesa el control legal y nace el control constitucional (BARRAZA, Javier I. - SCHAFFRIK, Fabiana H., *El control de la Administración Pública*, cit., p. 97, citando a PÉREZ COLMAN, Luis, J., "Ley de Contabilidad y el Régimen de Contrataciones del Estado", supl. Régimen de la

⁶⁶ SESIN, Domingo J., "Tribunal de Cuentas...", cit., p. 299.

⁶⁷ ROSATTI, Horacio, *Tratado...*, cit., ps. 264/265.

⁶⁸ SESIN, Domingo J., "Tribunal de Cuentas...", cit., p. 296.

⁶⁹ La visación y la observación no pueden ser recurridos administrativamente y revisados judicialmente a instancias del órgano controlado.

La insistencia no puede fundarse sólo en razones de mérito, oportunidad o conveniencia. Aun la urgencia, emergencia o estado de necesidad debe encuadrarse en el orden jurídico, dando las razones jurídicas en que se funda, sin perjuicio de las valoraciones de mérito que pudieran invocarse.

En cualquier supuesto, sin la intervención previa del Tribunal de Cuentas, el acto no nace a la vida jurídica, no puede ejecutarse, carece de eficacia.

f) Función de auditoría externa

f.1. Concepto de auditoría

El término auditoría significa inspeccionar, revisar, verificar, investigar o monitorear.

Actualmente se utiliza para designar toda actividad de control *ex post* o *a posteriori* de la actividad económica-financiera de una institución.

Aplicada al ámbito público, la auditoría permite proporcionar información a los poderes del Estado y a la opinión pública acerca de la evolución de la gestión de la Administración Pública. Esta técnica se caracteriza por la aplicación de determinados procedimientos a cargo de "auditores", que no intervinieron en las operaciones controladas, para revisarlas.

La auditoría gubernamental se orienta a contribuir al establecimiento de una organización adecuada y de los recursos necesarios para cumplir con los objetivos y metas ⁷².

f.2. Clases de auditorías

Las auditorías pueden clasificarse de la siguiente forma:

1. De acuerdo con la relación del auditor con el organismo auditado en internas y externas.

Las *internas* son practicadas por auditores que se encuentran dentro del ámbito de la institución, y que dependen de ella, para contribuir a una mejor realización de sus fines.

Las *externas* son llevadas a cabo por un auditor independiente, que no pertenece a la entidad, y que, por lo tanto, no tiene relación de jerarquía con el ente auditado.

2. De acuerdo con la *materia* sobre la que recaen, en auditorías de legalidad o de regularidad legal o cumplimiento; financieras o de regularidad contable; de gestión ⁷³, e integrales o completas.

Las auditorías *de cumplimiento* verifican si una entidad ha observado la normativa legal que le es aplicable. Los auditores deben señalar los incumplimientos producidos, analizando sus posibles causas y eventuales daños.

⁷² IVANEGA, Miriam M., "El control público y los servicios públicos", LL del 8/6/2007.

⁷³ Conceptualizadas por IVANEGA, Miriam M., "El control público...", cit.

La auditoría *financiera* o *contable* analiza si los estados contables e informes financieros se realizaron de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados y si son representativos de la realidad económica-financiera de la entidad.

La auditoría *de gestión*, examina los programas, planes, proyectos y operaciones de una organización o entidad pública, a fin de medir e informar sobre el logro de los objetivos previstos, la utilización de los recursos públicos en forma económica y eficiente y la fidelidad con que los responsables cumplen con las normas jurídicas aplicables en cada caso.

Las auditorías *integrales* o *completas* incluyen todos los objetivos o tipos de control citados. Cuando el control se limita a una determinada actividad, actuación u operación concreta es posible diferenciar un tipo de auditoría de otro. En cambio, a medida que la auditoría comprende un mayor número de aspectos o la totalidad de la actividad económica-financiera de la institución, la interrelación entre los distintos tipos de auditoría es más estrecha y más completa o integral ⁷⁴.

f.3. Caracterización de las auditorías realizadas por tribunales de cuentas

Las auditorías de los tribunales de cuentas son auditorías de *carácter externo*. Su alcance respecto de la materia a auditar (de cumplimiento, financiera, de gestión o integral) estará determinado por las atribuciones que las normas constitucionales o legales les otorgan.

Importan una *evaluación independiente* sobre operaciones y sistemas de control dentro de una organización, con el fin de determinar si las políticas y procedimientos establecidos son aplicados, los estándares fijados son alcanzados, los recursos son aplicados correctamente, los planes son realizados de manera eficiente y, en general, si los objetivos de la organización se están realizando ⁷⁵.

Tienen por *finalidad* el perfeccionamiento del funcionamiento de la institución. Por ello concluyen con un informe que contiene observaciones, comentarios y recomendaciones con el objeto de mejorar la administración.

Sus *opiniones* y evaluaciones constituyen un valioso asesoramiento para los responsables de dar solución a los problemas detectados. No importan un dictamen de carácter vinculante. Sin perjuicio de la falta de obligación legal de ajustarse a las recomendaciones que formulen los organismos de control, en la medida en que las auditorías sean realizadas objetiva y correctamente, el organismo auditado debería ajustarse a ellas, o bien informar las causas que obstan a ello ⁷⁶. En todo caso, las autoridades responsables deberán, en ejercicio de sus

⁷⁴ SUÁREZ, Andrés, *La moderna auditoría. Un análisis conceptual y metodológico*, Serie Mc Graw-Hill de Management. Madrid, 1990, p. 20.

⁷⁵ IVANEGA, Miriam M., "El control público...", cit.

⁷⁶ Es decir que si no fuera posible dar cumplimiento a las recomendaciones, los controlados

atribuciones, realizar un adecuado seguimiento a través de nuevos controles, en procura de verificar la implementación de las recomendaciones y su impacto en el desempeño institucional ⁷⁷.

f.4. Pautas para su realización

Los tribunales de cuentas podrán realizarlas por sí o bien encargarlas a profesionales, estudios u organizaciones especializadas. En lo posible deben ser realizadas por equipos interdisciplinarios.

Su *objeto* debe estar perfectamente determinado. Cuanto más preciso sea, más concretas podrán ser las recomendaciones.

Se viabilizan mediante la recopilación de información y documentos, análisis de las normativas aplicables, relevamiento de procedimientos, verificaciones en el lugar, entrevistas y encuestas a los integrantes de la organización, etc.

Se pueden utilizar técnicas de muestreo, en cuyo caso la muestra debe ser lo suficientemente representativa para asegurar la pertinencia y corrección de las recomendaciones.

Deben realizarse *in situ*, a fin de tener un acabado conocimiento de la realidad organizacional.

Los *informes* deben relatar los hechos analizados, los procedimientos aplicados, las anomalías encontradas y su relevancia económica, financiera, jurídica o institucional, las evaluaciones realizadas, las conclusiones a las que se ha arribado y las recomendaciones que efectúa y acciones que sugiere adoptar a fin de corregir los desvíos o deficiencias detectadas.

Las *recomendaciones* deben ser simples, concretas, claras, precisas, relevantes, comprensibles, imparciales y autosuficientes, expresadas en un sentido positivo y constructivo y en forma tal que indiquen los mecanismos y medidas a adoptar para mejorar el funcionamiento organizacional y agregar valor a la institución ⁷⁸.

Los informes deben ser notificados a la entidad auditada, a quien encargó la auditoría y a las autoridades que la legislación señale. Ahora bien, debe recordarse que no es un control con finalidades sancionatorias, sin perjuicio que de las anomalías que se detecten puedan derivarse responsabilidades. La audi-

deberían demostrar los inconvenientes, obstáculos y razones que impiden ajustarse a ellas o si en el caso de que el informe del auditor adoleciera de imprecisiones o errores de apreciación, darlas a conocer fundadamente.

⁷⁷ Cabe colegir, también, la necesidad de practicar un adecuado seguimiento de las recomendaciones, a los efectos de verificar los beneficios, inconvenientes, plazos y alcance de su implementación en cada caso concreto.

⁷⁸ Schafrik propicia que las recomendaciones que se formulan en los informes de auditoría no se conviertan en simples sugerencias, sino que posean carácter obligatorio para los auditados, imponiéndose su implementación y estimando que tal obligatoriedad debe alcanzar a las explicaciones de las causas que imposibilitan su cumplimiento.

toría no impone sanciones ni adjudica responsabilidades. Procura mejorar el desempeño organizacional y, como tal, las recomendaciones e indicaciones que se realicen deben ser conducentes a la adopción de medidas concretas que se encaminen a tal fin.

g) Función jurisdiccional (juicios de cuentas y de responsabilidad)

Los tribunales de cuentas tienen facultades jurisdiccionales de tipo administrativo, jurisdicción administrativa que, como tal, está siempre sujeta a control judicial suficiente.

Las facultades jurisdiccionales se ejercen a través de los tradicionalmente denominados juicios de cuentas y de responsabilidad.

g.1. Juicio de cuentas

1. *Caracterización*: El juicio de cuentas procede en los casos de falta de presentación o de presentación parcial o irregular de comprobantes de gastos o erogaciones de los agentes públicos o terceros que, por cualquier circunstancia, tienen a su cargo el manejo de fondos, valores o bienes estatales ⁷⁹.

Si bien la mayoría de las legislaciones tradicionalmente los denominan *juicios de cuentas*, otras prefieren, con más acierto técnico, llamarlos *procedimientos administrativos de rendición de cuentas* en función de que el órgano ante el que se realizan es de carácter administrativo y no judicial y porque en ellos no se encuentran los elementos esenciales de un juicio (discusión sobre un derecho cuestionado, entre partes en pie de igualdad, ante un juez que juzga y falla).

Por *rendición de cuentas* se entiende el acto por el cual el responsable del gasto somete a consideración del tribunal los documentos en los que el gasto tiene reflejo y justificación jurídica-contable para su revisión.

El *responsable* puede ser un órgano, funcionario o un tercero que haya recibido fondos o bienes del Estado para su manejo en razón de su cargo, función o vínculo con la Administración, lo que le genera la obligación de rendir cuenta documentada de su gestión. El manejo de fondos o bienes debe entenderse en forma amplia, por lo que comprende la facultad de recaudar, percibir, transferir, pagar, administrar o custodiar valores, fondos u otros bienes del Estado.

2. *La revisión de la cuenta*: La *cuenta* está formada por lo que se entrega al cuentadante o responsable, sean dineros o bienes (*cargos*) y por lo que egresa, sean importes o bienes gastados o invertidos (*descargos*).

El *examen* alcanza el análisis de: 1) si la cuenta está balanceada ⁸⁰; 2) si el gasto o inversión tuvo un correcto reflejo presupuestario ⁸¹; 3) si la documen-

⁷⁹ ROSATTI, Horacio, *Tratado...*, cit., p. 265.

⁸⁰ Correspondencia entre lo recibido y lo rendido y saldos, si los hubiere.

⁸¹ Correspondencia legal entre las partidas usadas y rendidas, por ejemplo que no se hayan utilizado los fondos de inversión de capital para bienes de consumo.

tación respaldatoria se encuentra en debida forma y 4) si existe correspondencia entre lo gastado o invertido y la gestión encomendada ⁸².

El primero es un control eminentemente *contable*, el segundo *legal*, el tercero *técnico* y cuarto *teleológico o finalista*.

3. *Procedimiento*: en general, consta de las siguientes etapas: 1) *presentación* de la cuenta por el responsable ⁸³; 2) *examen* de la cuenta por parte un técnico encargado, a fin de producir un informe o dictamen sobre sus distintos aspectos (contables, legales, documentales y, para algunas legislaciones, de razonabilidad); 3) *informe o dictamen* que puede aconsejar su aprobación o rechazo por efectuarse cargos o reparos a la cuenta en cuestión; 4) *resolución* por parte del tribunal de su aprobación o rechazo. En caso de rechazo estaremos en presencia de un juicio de cuentas propiamente dicho.

Para el *juicio de cuentas*, algunas legislaciones establecen un *procedimiento sumario* que deben sustanciar, garantizándose el derecho de defensa de aquel al que se le ha formulado cargo o reparo. Usualmente consta de un emplazamiento para contestar los cargos o reparos; la producción de un descargo (aclaraciones, nuevos documentos, etc.); su análisis por parte del tribunal, que puede adoptar medidas para mejor proveer (por ej., pedidos de informes) y el posterior dictado del fallo, resolución o sentencia. Otras legislaciones provinciales disponen la realización de un proceso con todas las características y etapas propias de los procesos civiles.

4. *Resolución*: Los *fallos de deuda* (como usualmente se los denomina) pueden ser absolutorios o condenatorios. Los condenatorios generan la obligación de reintegro, sin perjuicio de la aplicación de sanciones, generalmente de carácter pecuniario, y de las medidas que correspondan para hacer efectiva la responsabilidad política, administrativa, civil o penal. Las resoluciones o sentencias condenatorias admiten la interposición de los recursos que la legislación prevea.

Las constituciones o leyes determinan quiénes ejercitaran las acciones que de ellos se deriven. Normalmente se les encomiendan al fiscal de Estado (en forma mayoritaria), al tribunal o a su presidente, o a algunos de estos últimos y al fiscal en forma conjunta.

g.2. Juicio de responsabilidad

1. *Caracterización*: En este caso estamos en presencia de procedimientos que procuran determinar el grado de *responsabilidad civil* que le puede caber a un funcionario o agente público que con su acción u omisión causa un *daño patrimonial* al Estado. El juicio de responsabilidad procede en caso de sospe-

⁸² *Tribunales de Cuentas...*, cit., p. 122.

⁸³ Espontánea o voluntariamente o ante emplazamiento o intimación.

cha de perjuicio pecuniario al Estado causado por sus estipendiarios y por circunstancias ajenas a las rendiciones de cuenta ⁸⁴.

Aquí nuevamente las legislaciones provinciales ofrecen distintas denominaciones, siendo las más comunes las de *juicio de responsabilidad*, *juicio administrativo de responsabilidad* y *procedimiento administrativo de determinación de responsabilidad*. Aquí también nos inclinamos por la última.

Este procedimiento se tramita por ante los tribunales de cuentas y se impulsa ante el conocimiento directo o indirecto ⁸⁵ de un daño causado al patrimonio del Estado por parte de funcionarios o agentes públicos con el *objeto* de determinar su grado de responsabilidad, monto del daño y relación causal entre su conducta y el daño producido.

2. *Procedimiento*: Los procedimientos varían según la legislación provincial que los regule pero en términos generales podemos decir que básicamente cuenta de cuatro etapas: sumario, etapa probatoria, sentencia, instancia recursiva.

El *sumario* puede ser labrado por el área a que pertenezca el funcionario o agente o, ante su denuncia al Tribunal de Cuentas, ser realizado por éste. Se debe determinar la existencia del hecho, autoría, grado de participación, monto del daño y proceder al dictado de las conclusiones y su elevación al tribunal. Recibido o concluido el sumario, si no existe daño o responsabilidad, se procede a la clausura del procedimiento y archivo de las actuaciones. Caso contrario el tribunal puede decidir su ampliación, por el mismo u otro instructor o la citación de los imputados, otorgándoles vista de lo actuado e invitándolos a producir su descargo, iniciándose así la controversia que motiva la actividad jurisdiccional del tribunal. Una vez sustanciadas las pruebas y las medidas para mejor proveer, si las hubiere, el tribunal dicta resolución fundada ⁸⁶.

3. *Resolución*: La sentencia puede ser eximente de responsabilidad o condenatoria. De ser determinante de responsabilidad se debe fijar el monto por el que el funcionario o agente deberá responder. Las sentencias admiten los recursos y los efectos (suspensivos o devolutivos) que la legislación prevea.

Las constituciones o legislaciones determinan quiénes deben ejercitar las acciones que se derivan de la sentencia ante el Poder Judicial.

⁸⁴ En este sentido Guolú sostiene que el juicio de responsabilidad tiene por objeto la investigación de hechos u omisiones, extraños a las rendiciones de cuentas, que deriven en un daño al erario público o la regularidad administrativa, mientras que el juicio de cuentas, en cambio, es un procedimiento específico referido al análisis de la cuenta de gestión o a la partida asignada, de obligatoria rendición a tenor de las normas contables de la Administración.

⁸⁵ El conocimiento puede producirse por denuncia de agentes o reparticiones estatales o de terceras personas, o bien de oficio cuando los controles rutinarios o asistemáticos del tribunal detectan una irregularidad.

⁸⁶ ROSATTI, Horacio, *Tratado...*, cit., t. II, ps. 266 y 267, citando a ESCOLA, Héctor J., *Compendio de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1990, vol. I, p. 348.

III. CONTADURÍAS GENERALES

1. Principios generales

a) Caracterización

En función de las normas constitucionales que hacen referencia a la institución de la Contaduría General de la provincia, podemos caracterizarla como un órgano de control interno de la gestión económica, financiera y patrimonial de la actividad administrativa de los poderes del Estado.

Originaria y tradicionalmente se han atribuido a las contadurías funciones de registro y control interno de la hacienda pública. Algunas constituciones le encomiendan un control de tipo preventivo por el cual deben autorizar, visar o intervenir en forma previa de las órdenes o libramientos de pago que autoricen gastos, con arreglo a la ley general de presupuesto o a las leyes especiales que autoricen gastos.

En los últimos tiempos la creciente magnitud y complejidad de la gestión de los asuntos económicos financieros del Estado y la introducción de nuevas técnicas de gestión, información y documentación contable hicieron necesaria la actualización y ampliación de sus cometidos originarios.

b) Recepción normativa

Las contadurías generales han sido receptadas constitucionalmente en las provincias de Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, San Luis, Santiago del Estero y Tierra del Fuego. En el resto de las provincias⁸⁷ han sido creadas por medio de una ley específica o a través de las leyes de contabilidad o administración financiera.

c) Denominación

Respecto a la denominación de la institución en las distintas constituciones, no se le da un tratamiento terminológico igualitario. Algunas ponen el acento en la institución, refiriéndose a ella como Contaduría o Contaduría General o Contaduría General de la provincia. Otras se centran en el funcionario que la encabeza y hacen mención al contador, contador general o contador general de la provincia.

Existen constituciones que prevén la figura de un subcontador o subcontador general (Buenos Aires, Chaco, Misiones), en tanto que la de La Pampa hace referencia al subrogante legal del contador general.

⁸⁷ No tienen normas a nivel constitucional que hagan referencia a la institución la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Formosa, La Rioja, Salta, San Juan, Santa Cruz, Santa Fe y Tucumán.

d) Ubicación institucional

Las constituciones provinciales ubican en distintas partes de sus textos la figura de la contaduría o contador general de la provincia. El tema reviste importancia, habida cuenta de que su emplazamiento institucional es un elemento de relevancia para determinar el posicionamiento de la institución respecto de los poderes del Estado y la relación de mayor o menor dependencia o autonomía funcional que los constituyentes quisieron asignarle respecto de aquéllos, con todos los efectos prácticos que de ello se derivan.

Puesta en evidencia la importancia de la cuestión, al analizar los textos de las cartas magnas provinciales encontramos distintas decisiones respecto del emplazamiento constitucional de las contadurías.

Así se advierten constituciones que la ubican en capítulos incluidos en la sección correspondiente al Poder Ejecutivo (Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, Mendoza, Misiones y Río Negro). La provincia de Córdoba la emplaza en la órbita del Ejecutivo en un capítulo intitulado "Órganos de control".

Existen otras que emplazan al organismo en títulos o secciones separadas de los que se refieren a los poderes del Estado, dedicando secciones o capítulos con distinta denominación, que dan cuenta de su definición como órganos a los que se pretenden dotar de un mayor grado de autonomía. Con esa finalidad la sitúan bajo distintos epígrafes: Chaco, organismos de control (interno); Jujuy, organismos de contralor; La Pampa, poderes públicos; Santiago del Estero, órganos de control; Río Negro, órganos de control interno; Neuquén, órganos de defensa de los intereses del Estado y de contralor y Tierra del Fuego, organismos de contralor.

2. Composición, integración, designación, duración y remoción

a) Designación

a.1. Procedimiento

En el marco del derecho público provincial, con la sola excepción de Córdoba, el nombramiento del contador general requiere de la intervención conjunta del Poder Ejecutivo y el Legislativo.

Así podemos observar que hay un grupo de constituciones en que la designación corresponde al Poder Ejecutivo con acuerdo legislativo. Dentro de esta categoría, distinguimos aquéllas en que el titular de la institución es designado el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura⁸⁸, de las que lo hace el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado⁸⁹. Prescribe con mayor protagonismo la intervención del Poder Legislativo la Constitución de Buenos Aires al esta-

⁸⁸ Chaco, Chubut, Jujuy, La Pampa, Misiones, Neuquén, Río Negro, Santiago del Estero y Tierra del Fuego.

blecer que el contador y el subcontador son nombrados por el Poder Ejecutivo sobre la base de una propuesta en terna que le presenta el Senado de la provincia.

Por el contrario, como adelantáramos, la Constitución de Córdoba niega toda participación del Poder en la designación, haciendo recaer tal facultad en el Ejecutivo. Esto es sumamente criticable, ya que no es coherente con la misión constitucional que se le asigna de ser un órgano de control, máxime cuando sus funciones se ejercen sobre toda la actividad administrativa del Estado y no sólo la del Ejecutivo.

a.2. Requisitos

Algunas constituciones, al tratar la institución, hacen referencia expresa a la exigencia de nacionalidad o ciudadanía; así requieren la condición de ser ciudadano argentino (Catamarca, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Neuquén) o ser argentino (Río Negro) o poseer dos años de ejercicio de la ciudadanía (Santiago del Estero).

Otras exigen una edad mínima, la que se fija en treinta años (Chaco, Neuquén y Río Negro) o en veinticinco (San Luis y Santiago del Estero).

Requieren una residencia inmediata e ininterrumpida en la provincia de cinco años (Chaco, Chubut) y de dos años para los que no son nativos de ella, Santiago del Estero.

Exigen expresamente el título de contador Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, Río Negro y Santiago del Estero, en tanto que Jujuy requiere ser graduado en ciencias económicas y San Luis hace referencia a la necesidad de poseer título universitario inherente al cargo. Además de la titulación habilitante, algunas de estas constituciones exigen diez años de ejercicio activo en la profesión o en el desempeño de un cargo público que requiera tal condición (Chaco), o diez años de ejercicio de la profesión (Córdoba y Río Negro), siete (Chubut) o cinco (San Luis y Santiago del Estero). Sólo requiere ser perito mercantil con diez años de servicios prestados en la administración Catamarca.

La Constitución de Buenos Aires no establece ningún requisito para ocupar el cargo, de lo que se infiere que su fijación queda derivada a lo que resuelva la legislación reglamentaria.

Corrientes, Mendoza, Neuquén y Tierra del Fuego remiten a la Ley de Contabilidad las condiciones y calidades para ser contador en tanto que Misiones y Jujuy a la ley reglamentaria.

Normalmente, cuando las constituciones no contemplan específicamente requisitos, condiciones o calidades personales, inhabilidades e incompatibilidades, duración de mandato, atribuciones y funciones, deberes y responsabilidades, causales y procedimientos de remoción, remiten expresa o implícitamente su regulación a las leyes de contabilidad o reglamentarias, las que, además, contienen normas referidas a la organización y funcionamiento de la institución.

b) Duración y remoción

b.1. Duración

En este tópico distinguimos constituciones que: a) disponen que el contador general es inamovible mientras dure su buena conducta y eficiencia (La Pampa); b) no disponen la duración en el cargo (Catamarca, Chaco, Corrientes, Mendoza, Neuquén y Tierra del Fuego); c) establecen que dura ocho años en el ejercicio de sus funciones (Entre Ríos); d) determinan que dura cuatro años en sus funciones (Buenos Aires, San Luis y Santiago del Estero); e) disponen que se mantiene en sus funciones el tiempo del mandato del gobernador que lo ha designado (Chubut, Jujuy y Río Negro) o f) que derivan la cuestión a la legislación reglamentaria (Misiones). Por último, encontramos ordenamientos que al atribuir el nombramiento y la remoción al Poder Ejecutivo (Córdoba), en la práctica el contador dura en el cargo el tiempo que el gobernador en funciones lo decida.

Algunas de las constituciones que determinan una designación de carácter periódico (de ocho años, de cuatro o subordinada al mandato del gobernador) señalan expresamente que pueden ser reelegidos, redesignados o renombrados en el cargo (Buenos Aires, Entre Ríos, Río Negro, San Luis y Santiago del Estero). Cabe indicar que, sin perjuicio de la existencia de estas disposiciones que expresamente contemplan la cuestión, la posibilidad de una nueva designación está permitida, salvo que exista una norma que lo prohíba.

b.2. Estabilidad e inamovilidad en el cargo y remoción

Existe en este tópico una gran variedad de soluciones normativas, comenzando con las constituciones que disponen expresamente que el contador general es inamovible, mientras dure su buena conducta y eficiencia (La Pampa) y las que, sin bien no realizan esa mención, no disponen límite temporal al mandato (Catamarca, Chaco, Corrientes, Mendoza, Neuquén y Tierra del Fuego), por lo que se establece implícitamente su inamovilidad; las demás le confieren estabilidad durante el período por el cual dura su designación, atento a que sólo puede ser removido por las causales y procedimientos establecidos, sea por vía constitucional o legal, en cada caso. Es excepción a esta regla la provincia de Córdoba, en la que el cargo carece de toda estabilidad al disponerse que el contador es designado y removido por el Poder Ejecutivo.

Establece la *remoción* a través de las causales y procedimientos de juicio político la Constitución de Río Negro; que podrá ser removido mediante juicio político Chaco y Jujuy; que queda sometido al régimen del Jurado de Enjuiciamiento, Entre Ríos y Misiones; por medio del Tribunal de Enjuiciamiento, Chubut; que sólo podrá ser removido por el Poder Ejecutivo por mal desempeño en sus funciones, previa autorización de la Cámara de Diputados, la que deberá expedirse dentro de los diez días hábiles posteriores al de entrada de la co-

contener disposiciones específicas en sus textos constitucionales (Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, La Pampa) o porque lo así lo deciden expresamente (San Luis) derivan la cuestión a la ley reglamentaria o a la Ley de Contabilidad (Mendoza, Neuquén y Tierra del Fuego).

La Constitución de Córdoba es la única que establece que el contador general de la provincia es removido por la sola voluntad del Poder Ejecutivo.

Como se observa, las constituciones ofrecen distintas alternativas al tema de la duración en el cargo y de las garantías de estabilidad en orden a la remoción. La manera en que se resuelvan estas cuestiones, unidas a su caracterización y ubicación institucional, las formas de designación, el plexo de sus facultades, entre otros tópicos, repercute en forma directa en el grado de autonomía funcional que en la práctica va a poseer el órgano y por lo tanto con su potencialidad para poder llevar a cabo con mayor eficiencia las funciones de control que los mismos ordenamientos constitucionales le encomiendan.

c) Funciones

Las contadurías generales tienen asignadas dos funciones básicas: de registro y de control interno, por un lado, y de intervención previa en los actos que autorizan gastos, por el otro ⁹⁰.

c.1. De registro y control interno

La primera es receptada de distintas formas. Así, se señala que la Contaduría General tiene a su cargo el registro y control interno a) previo de la hacienda pública (Chubut); b) de la hacienda pública (Río Negro); c) de la gestión económica, financiera y patrimonial del sector público provincial (Chaco); d) de la actividad administrativa de los poderes del Estado (Córdoba).

Obsérvese cómo las dos últimas constituciones señalan que el control se realiza en todo ámbito o poder en donde se desarrolle actividad administrativa del Estado.

La función de registro interno parte del principio de que todo acto o hecho económico o financiero deberá estar debidamente registrado y documentado.

Las leyes de contabilidad o de administración financiera usualmente regulan al sistema contable, concibiéndolo como integrador del registro de todas las transacciones económico-financieras, fundado en los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados, adaptados al sector público y basados en el método de registración de la partida doble, determinando los medios de control de veracidad de las transacciones y definiendo los momentos de registro del gasto.

⁹⁰ De manera solitaria la Constitución de la provincia de Chaco impone a la Contaduría General la labor de preparar e informar a la Cámara de Diputados sobre la cuenta general del ejercicio, al tiempo que dispone que el Tribunal de Cuentas debe fiscalizar la Cuenta General del Ejercicio e informar al Poder Legislativo al respecto.

c.2. De intervención previa

La segunda función se refiere al control de carácter preventivo, previo, que realiza mediante la autorización, intervención, visado o aprobación de todas las órdenes o libramientos de órdenes de pago, sin cuyo requisito no pueden efectuarse.

El contador general está obligado a no prestar conformidad, observar o no liquidar todas las órdenes de pago que no estén encuadradas dentro lo contemplado por las disposiciones constitucionales o legales.

La autorización se realiza conforme o con arreglo a la ley general de presupuesto o las leyes especiales que sancionen gastos (Chaco, Chubut, Córdoba, La Pampa, Misiones), o en la Ley de Contabilidad y demás disposiciones sobre la materia (Neuquén y Tierra del Fuego) o en acuerdo de ministros (Corrientes, Mendoza) o de decisión de carácter judicial (Buenos Aires).

Respecto al supuesto de *acuerdo del Poder Ejecutivo*, es decir cuando, ante la falta de autorización o aprobación de las órdenes de pago que autoricen gastos por parte de la Contaduría General, hubiera insistencia para su realización por acuerdo de ministros, la Contaduría, en caso de mantener sus observaciones, cumplirá con lo ordenado, dará inmediatamente a publicidad su resolución en el Boletín Oficial y dentro de los quince días subsiguientes elevará todos los antecedentes en el Tribunal de Cuentas (Catamarca y Entre Ríos) para que resuelva en definitiva (Catamarca).

La posibilidad de recurrir a acuerdos de ministros celebrados para insistir en la realización de gastos que no están previstos en la Ley de Presupuesto u otras leyes que autoricen gastos, pese a estar contemplada como posible, se encuentra limitada a poder ser utilizada sólo en receso de la Legislatura y para circunstancias excepcionales. Así las constituciones de Corrientes y Mendoza señalan que sólo podrán decretarse erogaciones en acuerdo de ministros, durante el receso de la Legislatura en caso de necesidad imperiosa e impostergable que importen la toma de medidas para conservar la paz y el orden público o la seguridad del territorio, de sus habitantes y de las reparticiones y establecimientos públicos de la provincia, con cargo de dar cuenta a la Legislatura en las primeras sesiones que ulteriormente se realicen (Corrientes y Mendoza).

Se prevé que el control preventivo sobre los libramientos de pago con arreglo a la ley general de presupuesto y leyes especiales, pueda realizarse en forma descentralizada (Córdoba); se admite que la autorización de los pagos, de acuerdo con esas normativas, pueda ser delegada previa autorización legal, la que requiere para su aprobación del voto de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura (Chubut); y que los poderes Legislativo y Judicial y las entidades autárquicas podrán tener contadurías, manteniendo relación funcional directa con la Contaduría General (Río Negro).

En conclusión, de no darse la intervención, autorización o visación de las órdenes o libramientos de pago de conformidad con plexos normativos expresados, el gasto o la erogación no podría realizarse.

IV. TESORERÍAS GENERALES

1. Principios generales

a) Caracterización

Las tesorerías generales son originariamente concebidas y receptadas en las constituciones provinciales como órganos de control interno y previo a la actividad hacendal del Estado. Su función primaria es la de controlar las erogaciones que pretendan realizarse para verificar su ajuste a la legalidad, antes de realizar o ejecutar su pago.

Su actuación es *a posteriori* de la actuación de la Contaduría. Sin su intervención no puede realizarse pago alguno.

Las transformaciones operadas en la hacienda pública y en sus sistemas de información, programación, gestión, ejecución y evaluación han producido una correlativa actualización de sus funciones y cometidos institucionales.

b) Recepción normativa

La mayoría de las provincias que prevén a la Contaduría General también receptan a la Tesorería General. De esta forma contemplan las dos instituciones en sus constituciones Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Corrientes, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Misiones, Neuquén, Santiago del Estero y Tierra del Fuego. No acogen la institución constitucionalmente la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chubut, Córdoba, Formosa, La Rioja, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe y Tucumán; ello pese a que Chubut, Córdoba, Río Negro y San Luis contemplan la Contaduría.

c) Ubicación institucional

Ubican a la institución en capítulos incluidos en la sección que trata sobre el Poder Ejecutivo las Constituciones de Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, Mendoza, Misiones. En tanto que lo hacen en títulos o secciones independientes de los que tratan a los tres poderes del Estado, en secciones o capítulos, que ponen de manifiesto la intención del constituyente de caracterizarla con un mayor grado de autonomía, a los que intitulan organismos de control (interno), en Chaco; organismos de contralor, en Jujuy; poderes públicos, en La Pampa; órganos de defensa de los intereses del Estado y de contralor, en Neuquén y organismos de contralor en Tierra del Fuego.

d) Denominación

Al igual de lo que sucede con las contadurías, contadurías generales o contador general, las constituciones nos hablan de Tesorería, Tesorería General o tesorero general, según pongan.

malmente, dentro de un mismo texto constitucional se observa cierto paralelismo de trato nominativo entre las dos instituciones.

Algunas constituciones prevén la figura de un subtesorero (Buenos Aires) o subtesorero general (Chaco, Misiones) que secunda al titular del órgano.

2. Composición, integración, designación, duración y remoción

a) Designación

a.1. Procedimiento

La designación del tesorero (y del subtesorero, si lo hubiere) corresponde al Poder Ejecutivo con acuerdo legislativo, sea de la Legislatura (Chaco, Chubut, Jujuy, La Pampa, Misiones, Neuquén, Santiago del Estero y Tierra del Fuego), sea del Senado (Catamarca, Corrientes, Entre Ríos, Mendoza), con la sola excepción de Buenos Aires, en donde el Senado presenta una terna para el nombramiento a fin de que el Poder Ejecutivo designe a quien va a ocupar el cargo.

a.2. Requisitos

Para ser tesorero o subtesorero general de la provincia las constituciones exigen distintos requisitos:

1. Nacionalidad o ciudadanía argentina (Catamarca, Chaco, Entre Ríos, Neuquén) con dos años de ejercicio (Santiago del Estero).

2. Treinta años de edad (Chaco, Entre Ríos, Neuquén) o veinticinco (Catamarca y Santiago del Estero).

3. Residencia inmediata e ininterrumpida de cinco años en la provincia (Chaco) o de dos años, si no es nativo, en la provincia (Santiago del Estero).

4. Poseer título de contador público (Chaco y Santiago del Estero), graduados en ciencias económicas (Jujuy) o ser perito mercantil con diez años de servicios prestados en la administración (Catamarca). Chaco exige diez años de ejercicio activo de la profesión o en el desempeño de un cargo público que requiera tal condición, en tanto que Santiago del Estero, cinco años de antigüedad en el ejercicio profesional.

La Constitución de Buenos Aires guarda silencio en cuanto a las exigencias para ocupar el cargo, lo que importa derivar su fijación a lo que disponga la ley.

Otras provincias remiten los requisitos a lo que establezca la Ley de Contabilidad (Corrientes, Mendoza, Neuquén y Tierra del Fuego), en tanto que Misiones y Jujuy a lo que resuelva la ley.

Las leyes de contabilidad o reglamentarias completan las previsiones referidas a requisitos, condiciones o calidades personales, inhabilidades e incompatibilidades, duración de mandato, atribuciones y funciones, deberes y responsabilidades, causales y procedimientos de remoción, así como la regulación

b) Duración y remoción

b.1. Duración

En esta materia encontramos diversas alternativas: se declara que el tesorero goza de inamovilidad en el cargo mientras dure su buena conducta y eficiencia (La Pampa); no se le limita temporalmente la permanencia en el cargo (Catamarca, Chaco, Corrientes, Mendoza, Neuquén y Tierra del Fuego); se le establece un mandato de ocho años (Entre Ríos); se determina que dura cuatro años en el ejercicio de sus funciones (Buenos Aires y Santiago del Estero); se dispone que dura en sus funciones el tiempo del mandato del gobernador que lo ha designado (Jujuy) o se deriva la cuestión a la legislación reglamentaria (Misiones).

Las constituciones que disponen un mandato por un período de ocho o cuatro años establecen que pueden ser reelectos o renombrados (Entre Ríos, Buenos Aires y Santiago del Estero).

b.2. Remoción

En orden a la destitución, las constituciones disponen que se realizará:

1. por medio de juicio político (Chaco, Jujuy);
2. a través de Jurado o Tribunal de Enjuiciamiento (Entre Ríos, Misiones);
3. por parte del Poder Ejecutivo por mal desempeño en sus funciones, previa autorización de la Cámara de Diputados, la que deberá expedirse dentro de los diez días hábiles posteriores al de entrada de la comunicación correspondiente (Santiago del Estero);
4. derivan la cuestión implícitamente o explícitamente a la ley reglamentaria (Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, La Pampa) o a la Ley de Contabilidad (Mendoza, Neuquén y Tierra del Fuego).

c) Funciones

c.1. De intervención previa

Tradicionalmente las constituciones asignan a la Tesorería General como función básica la vinculada a las erogaciones que deben efectuar la Administración, estableciendo que no podrán efectuarse o ejecutarse pagos que no hayan sido previamente autorizados, visados o intervenidos por el contador general ⁹¹.

Algunas de estas constituciones, además de exigir la intervención previa de la Contaduría autorizando el pago, precisan que la erogación debe estar conforme a los recaudos legales o legislación vigente. Esta mención es realizada para reforzar la idea de sujeción a la legalidad e instar a que las tesorerías no se

transformen en órganos meramente instrumentales, ejecutores o pagadores, sino en una instancia más de supervisión normativa en aras del control de la legalidad de la actividad hacendal del Estado ⁹². Es decir que en los diseños constitucionales provinciales las tesorerías tienen atribuido un rol secuencial subsiguiente a la actividad de la Contaduría que las obliga a contar con todos los medios necesarios para tal fin. Así, las leyes de contabilidad o normas orgánicas normalmente detallan que la Tesorería debe contar con registros de pagos, padrones de cuentas corrientes oficiales y beneficiarios de pago, sistemas de cuenta única o fondo unificado para la gestión y control de los pagos, etc.

c.2. Otras funciones

Al adoptarse nuevas técnicas de gestión, información y documentación contable, las legislaciones provinciales procedieron a reformar los sistemas normativos de la hacienda pública o a dictar leyes de administración financiera en procura de un sistema integral e integrado de gestión y control. Producto de estas reformas, en muchos casos a las tesorerías se les han asignado funciones de participación en la programación de la ejecución presupuestaria, regulación de inversiones, endeudamiento y rescate de deuda, entre otras. De esta manera se han actualizado y ampliado los horizontes competenciales de esta institución.

LAS CONTADURÍAS Y TESORERÍAS GENERALES EN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES

Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
Buenos Aires	V (Poder Ejecutivo), cap. VI, arts. 156 a 158	Contador Subcontador Tesorero Subtesorero	Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (sobre la base de una terna presentada por el Poder Legislativo)		4 años. Posibilidad de ser reelectos
Córdoba	II (Poder Ejecutivo), cap. V, art. 151	Contador	Poder Ejecutivo	Contador público 10 años de ejercicio	Removido por el Poder Ejecutivo
Corrientes	Tít. II, secc. II (Poder Ejecutivo), cap. V, arts. 171 a 174	Contador Tesorero	Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado		

⁹¹ Así lo hacen las Constituciones de Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, La Pampa, Mendoza, Misiones, Neuquén, Santiago del Estero, San Luis y Tierra del Fuego.

⁹² Esta intención está reflejada de diversas formas por las Constituciones de Chaco, Corrientes, Mendoza, Neuquén, San Luis y Tierra del Fuego.

Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
Chubut	V (Órganos de contralor), cap. I, arts. 217 y 218	Contador	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura	Ciudadano argentino. Título de contador. 7 años de ejercicio. 5 años de residencia inmediata	Dura lo mismo que el gobernador. Inamovible salvo por las causales establecidas en la Constitución
Entre Ríos	V (Poder Ejecutivo), cap. IV, arts. 140 a 142	Contador Tesorero	Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado	Ciudadano. 30 años de edad	
Jujuy	X (Organismos de contralor), cap. III, art. 202	Contador Tesorero	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura	Graduados en ciencias económicas	Duran el mandato del gobernador. Removidos por juicio político
La Pampa	III (Poderes públicos), cap. III, arts. 105 y 106	Contador Tesorero	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Diputados		Inamovibles mientras dure su buena conducta y eficiencia. Removibles en los casos y forma prescriptos en la Constitución
Mendoza	IV, cap. V, arts. 138 a 141	Contador Tesorero	Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado		
Misiones	Tít. II (Poder Ejecutivo), cap. V, arts. 130 y 131	Contador Subcontador Tesorero Subtesorero	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Representantes		
Neuquén	Tít. VI (Órganos de defensa de los intereses del Estado y de contralor), cap. II, arts. 256 y 257	Contador Tesorero	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura	Ciudadano 30 años	
Río Negro	IV (Poder Ejecutivo), cap. IV, arts. 191 a 193	Contador	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura	Contador. Argentino. 30 años. Contador público y 10 años de ejercicio en la profesión	Duran igual período que el gobernador. Pueden ser redesignados. Son removidos por juicio político
San Luis	Cap. XVIII, arts. 169 a 171	Contador	Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado	Título de contador. 5 años de ejercicio o desempeño de cargo que requiere tal condición. 25 años de edad	Duran 4 años. Pueden ser renombrados

Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
Santiago del Estero	Tít. III (Órganos de control), cap. III, arts. 174 a 176	Contador Tesorero	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura	Título. 5 años de ejercicio. 2 años de ciudadanía. 2 años de residencia inmediata. 25 años de edad	Duran 4 años. Pueden ser renombrados. Removidos por el Poder Ejecutivo previo acuerdo de la Cámara de Diputados
Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur	IV (Organismos de contralor), cap. III, art. 168	Contador Tesorero	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura		

V. AUDITORÍAS Y SINDICATURAS GENERALES

1. El sistema de auditoría y sindicatura

a) Diversos sistemas de control de la hacienda. Remisión

Como lo señalamos, en el derecho público provincial argentino encontramos dos sistemas de control de la hacienda pública: el primero adjudica el control externo al Tribunal de Cuentas y el control interno, generalmente, a la Contaduría General (sistema tradicional y mayoritario); el segundo encomienda el control externo a la Auditoría General y el control interno a la Sindicatura General (nuevo sistema seguido por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Salta).

b) Antecedentes

b.1. Del derecho comparado

Los dos sistemas tienen su fuente de inspiración en distintos modelos del derecho comparado. En términos generales, los tribunales de cuentas responden al modelo español y las auditorías generales al modelo angloamericano.

b.2. Del derecho nacional

Los antecedentes inmediatos de los sistemas de auditorías y sindicaturas generales del derecho público provincial los encontramos en el orden nacional. En nuestro país, el control externo se encontraba en manos del Tribunal de Cuentas de la Nación⁹³, mientras que el control interno era ejercido por la Contaduría General de la Nación.

Ambas instituciones actuaban en la órbita del Poder Ejecutivo nacional, lo que era criticado por considerarse que se atentaba contra la independencia de

⁹³ El Tribunal de Cuentas de la Nación había sido instituido por el dec.-ley 23.354 de 1956, ratificado por la ley 14.467.

criterio de los órganos fiscalizadores. Esta circunstancia, sumada a que en la década del noventa en ciertos sectores de la doctrina campeaban nuevas tendencias en materia de administración financiera, llevaron a que en año 1993 se dictara la ley 24.156 denominada "Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional"⁹⁴. En esta ley se diseñó un sistema en el que el control interno se mantuvo dependiente del Poder Ejecutivo, a cargo de la Sindicatura General, mientras que el control externo se encomendó a la Auditoría General de la Nación, bajo la dependencia del Congreso Nacional⁹⁵.

Los cambios se fundaron en una concepción basada en las denominadas "teorías sistémicas" del control. Éstas presuponen el establecimiento de distintos sistemas para el funcionamiento financiero del Estado⁹⁶, en los que se desarrollan diversas funciones, existiendo una verdadera interrelación de los órganos que lo conforman (Barraza y Schafrik).

Estos regímenes asignan a cada sistema actividades específicas, pero la especialidad se complementa con las interrelaciones entre los órganos que integran los distintos sistemas. Por ello se habla de un *sistema integral e integrado*, en el cual un conjunto de órganos, políticas, principios, normas y procedimientos sobre una materia, relacionados o coordinados entre sí, constituyen un todo indivisible, a pesar de la relativa autonomía funcional u operativa que puedan tener sus partes componentes. Estas partes actúan en una misma orientación y satisfacen un objetivo común. En el sistema no existen unidades aisladas y normalmente se le atribuyen a un órgano central facultades para normar el funcionamiento de las restantes partes, definiendo la política del sector⁹⁷. Esta

⁹⁴ Su entrada en vigencia derogó la anterior Contaduría General de la Nación y el Tribunal de Cuentas contemplados en la denominada Ley de Contabilidad (dec. 23.354/1956). También quedó derogada la Sindicatura General de Empresas Públicas, creada por ley 22.639. La ley 24.154 regula a la Contaduría General de la Nación (arts. 88 a 94) dentro del título dedicado al Sistema de Contabilidad Gubernamental (arts. 85 a 96), sistema del que es su órgano rector.

⁹⁵ La otra diferencia sustancial entre el antiguo y el nuevo sistema de control era que el Tribunal de Cuentas tenía a su cargo el control previo del acto administrativo de contenido patrimonial, mientras que la nueva legislación estableció su control *a posteriori*. Los impulsores de la reforma esgrimieron la necesidad de no obstaculizar ni paralizar la actividad administrativa, lo que a su entender sucedía en el régimen derogado. Esa posición tuvo muchos detractores, que consideraron perjudicial haber suprimido el control previo, sosteniendo que en el peor de los casos, aun manteniendo el control *a posteriori*, era conveniente atribuirle a la Auditoría General de la Nación la facultad de formular observaciones con efecto suspensivo a fin de asegurar la eficacia del control (BARRAZA, JAVIER I. - SCHAFLIK, Fabiana H., *El control de la Administración Pública*, cit. p. 102, citando a CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, t. I, 4ª ed. ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993).

⁹⁶ Por ejemplo: sistema de presupuesto e inversiones públicas, de crédito público, de tesorería, de contabilidad, de control interno, etc.

⁹⁷ Los defensores de estas modificaciones expresaban que tradicionalmente las reformas a los sistemas que integraban la Administración Financiera del Estado se llevaban a cabo en forma aislada, priorizándose el logro de los objetivos particulares de cada sistema, sin considerarlos como una parte de un conjunto mayor y, por lo tanto, sin compatibilizar el diseño de sus objetivos particulares con los del resto de los sistemas. Llegaron los GIGAS que tu celu pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar

noción implica considerar a la problemática financiera como un todo y se edifica sobre la idea de que cuando las partes de un sistema están debidamente integradas con las otras, el total opera en forma más eficaz y eficiente de lo que lo hace la suma de las partes⁹⁸ (Barraza y Schafrik).

Sobre las base de estas concepciones teóricas, con la reforma de 1994 se constitucionalizó a nivel nacional el sistema de Auditoría General, el que fue seguido en 1996 por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al dictar su Estatuto Organizativo y por la provincia de Salta al reformar su Constitución en 1998.

La influencia de la matriz del sistema nacional en los sistemas provinciales hace conveniente que en algunas cuestiones sea tenida en cuenta de manera referencial.

2. La Auditoría General en el derecho público provincial

a) Marco conceptual

Las constituciones subnacionales que receptan el modelo de la Auditoría General la inscriben dentro del marco conceptual de las teorías sistémicas del control, al punto de manifestarlo expresamente en sus textos.

Así se sostiene que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires "cuenta con un modelo de control integral e integrado, conforme a los principios de economía, eficacia y eficiencia", el que "comprende el control interno y externo del sector público, que opera de manera coordinada en la elaboración y aplicación de sus normas", y que "La provincia de Salta sostiene un modelo de control de la hacienda pública integral e integrado".

b) Ubicación constitucional y perfil institucional

a) La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires asigna a la Auditoría un capítulo comprendido en el título "Órganos de control" y la de Salta la ubica en un capítulo único de una parte, también independiente de las dedicadas a los poderes clásicos del Estado⁹⁹.

de crédito público, etc., si bien resultaron positivos para el cumplimiento de los fines específicos de cada uno, no habían contribuido a reformar de manera integral y coherente la Administración Financiera en su conjunto y que la falta de coordinación de las reformas hacía que los avances técnicos alcanzados por cada uno de ellos entraran al poco tiempo en un proceso de estancamiento y posteriormente aun de retroceso, atento a la falta de integración, existencia de duplicaciones innecesarias, incoherencias, etc.

⁹⁸ En términos generales, estas teorías también fueron receptadas en muchas provincias. las que dictaron leyes de administración financiera, en algunas oportunidades por iniciativa propia y en otras a instancias de las autoridades nacionales, con distintos alcances y efectos en sus sistemas de control preexistentes.

⁹⁹ La Constitución Nacional le dedica un capítulo dentro de la sección correspondiente al Poder Legislativo.

Al caracterizar la institución, la Ciudad Autónoma, si bien le reconoce autonomía funcional, lo hace como “dependiente de la Legislatura”, en tanto que Salta como un “órgano con independencia funcional”¹⁰⁰, lo que es una cuestión no exenta de implicancias prácticas. Así, se ha sostenido que la ley prevista para establecer su organización y funcionamiento podrá, sin que ello signifique tacharla de inconstitucional, disponer que la Auditoría pueda recibir instrucciones de los otros poderes del Estado, lo cual resultaría inconveniente¹⁰¹.

Ambas constituciones les conceden autonomía financiera. En tal sentido, la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires precisa que la Ley de Presupuesto debe contemplar la asignación de recursos suficientes para el efectivo cumplimiento de sus competencias¹⁰².

La Constitución de Salta agrega el reconocimiento de la autonomía administrativa.

Las dos constituciones remiten expresamente a la ley las cuestiones relativas a la organización y funcionamiento¹⁰³. Salta, además, encomienda a la ley el desarrollo de la competencia de la institución.

b) Al margen de la autonomía denunciada, las auditorías generales, sean consideradas dependientes del Poder Legislativo o no, normalmente se encuentran bajo la regulación y supervisión de los órganos legislativos ante los que rinden cuentas de sus actividades. Muchas veces se dispone que estas relaciones se realicen a través de comisiones parlamentarias, situación que se establece a través de las leyes reglamentarias o de los reglamentos del Poder Legislativo¹⁰⁴.

¹⁰⁰ En el orden nacional, la ley 24.156 había creado la Auditoría General como un “ente de control externo del sector público nacional, dependiente del Congreso Nacional” con “personalidad jurídica propia e independencia funcional”. La reforma de 1994 no alude a dependencia alguna y la caracteriza como “organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional”, sin definir la personalidad del organismo. Respecto de su relación funcional, al prevalecer la Constitución sobre la ley, ésta incurre en inconstitucionalidad sobreviniente y, por lo tanto, no podrá sostenerse tal dependencia. Queda configurada como un órgano extrapoder de “asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional”. Por lo expuesto, consideramos que con la reforma el precepto de la ley que le asigna independencia funcional ha cobrado absoluta virtualidad.

¹⁰¹ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, ps. 375/376.

¹⁰² La reglamentación establece que el Poder Ejecutivo deberá remitir en tiempo y forma los recursos que solicite la Auditoría para el efectivo cumplimiento de sus competencias, dentro de la asignación presupuestaria. Además, determina que su patrimonio está compuesto por todos los bienes que le asigne el Estado de la ciudad, los adquiridos con fondos propios y por aquellos que le sean transferidos por cualquier causa jurídica.

¹⁰³ La ley porteña prevé que la Auditoría General de la ciudad establece su estructura orgánica, sus normas básicas y la distribución de funciones y las eleva a la Legislatura a los fines de su conocimiento.

¹⁰⁴ En este sentido es muy ilustrativa la legislación nacional, que dispone que la estructura orgánica, normas básicas internas, distribución de funciones y las reglas básicas de funcionamiento de la Auditoría serán establecidas por resoluciones conjuntas de las comisiones Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas y de

Así, por ejemplo, la legislación reglamentaria salteña establece que la Auditoría debe presentar ante la Comisión Bicameral Examinadora de Cuentas de Inversión: a) un informe anual sobre el estado de la Hacienda Pública, con recomendaciones para su mejora, basado en sus dictámenes e informes especiales y b) los informes especiales que le fueran requeridos por la Comisión.

c) Composición, integración, designación y duración en funciones

c.1. Composición e integración

Las auditorías generales son órganos de carácter colegiado de número impar. La de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires está compuesta por siete miembros, en tanto que la de Salta está integrada por tres o cinco miembros, según lo determine la ley¹⁰⁵.

Atento a la naturaleza de sus funciones, la Constitución de Salta indica que sus miembros deben poseer título universitario en Abogacía, Ciencias Económicas u otros de especialización en Administración Financiera, Control y Auditoría.

Las técnicas actuales aconsejan que el control se aborde desde una visión interdisciplinaria, por lo que se propende a composiciones profesionales mixtas¹⁰⁶. También es relevante que los equipos que apoyen a los auditores generales sean altamente profesionalizados. En función de este concepto, la Constitución de Salta establece que la Auditoría debe nombrar su personal previo concurso público.

c.2. Designación

La designación de los *auditores generales* está situada en la órbita del Poder Legislativo. Es realizada por la Legislatura por mayoría absoluta en la Ciu-

greso, por vez primera, en tanto que las modificaciones posteriores serán propuestas por la Auditoría a las referidas comisiones para su aprobación por ellas. Además, establece que estas dos comisiones parlamentarias de ambas cámaras deben aprobar conjuntamente el programa de acción anual de control externo a desarrollar por la Auditoría; y que corresponde a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas analizar el proyecto de presupuesto anual de la Auditoría y remitirlo al Poder Ejecutivo para su incorporación al presupuesto general, encomendar a la Auditoría la realización de estudios, investigaciones y dictámenes especiales sobre materias de su competencia, fijando los plazos para su realización, requerirle toda la información que estime oportuna sobre las actividades que desarrolla, analizar los informes periódicos de cumplimiento de su programa de trabajo, efectuar las observaciones que pudiese merecer e indicarle las modificaciones que estime conveniente introducir y analizar la memoria anual que se le eleve. Al mismo tiempo, la ley, de manera genérica, indica que “el control de las actividades de la Auditoría General de la Nación, estará a cargo de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, en la forma en que ésta lo establezca”.

¹⁰⁵ La ley nacional establece que está compuesta por siete miembros.

¹⁰⁶ En tal sentido, la legislación reglamentaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires exige para ser auditor contar con probada experiencia en temas jurídicos, económicos, contables, financieros o de gestión, vinculados al sector público.

138

dad Autónoma y por el Senado en la provincia de Salta, en sesión pública, previa audiencia pública realizada a tal efecto.

En el caso de Salta, la designación se realiza sobre la base de la selección previa efectuada por una Comisión Permanente de la Cámara de Diputados integrada por siete miembros, con participación de la minoría ¹⁰⁷.

En la Ciudad Autónoma se distingue la figura del *presidente* de la de los restantes miembros. El presidente es designado a propuesta de los legisladores del partido político o alianza opositora con mayor presencia numérica en el cuerpo, en tanto que los restantes miembros son designados a propuesta de los legisladores de los partidos políticos o alianzas de la Legislatura.

Se observa que en ambos casos la selección o proposición de los candidatos a ocupar el cargo tiene una fuerte connotación política, ya que se canalizará a través de los partidos políticos o alianzas que tienen expresión en los órganos legislativos, debiendo asegurarse la participación de la minoría (Salta ¹⁰⁸) o respetar su proporcionalidad (Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

El hecho de que en la Ciudad Autónoma el presidente deba ser designado a propuesta de los legisladores del partido político o alianza opositora con mayor presencia numérica en el cuerpo, agrega, con sentido político, un elemento en el sentido de fortalecer la independencia del órgano del poder político mayoritario de turno. Sin embargo, esto no es suficiente para perfilar a la Auditoría como un órgano de control independiente ya que, por tratarse de un órgano colegiado, su integración total será el elemento preponderante para determinar su grado de autonomía. Así ha advertido Bidart Campos que si únicamente el presidente pertenece a un partido de la oposición, puede ocurrir que su gravitación sea muy escasa, tomando en cuenta al resto de funcionarios que participen con él en la conducción y en las toma de decisiones del órgano.

La designación del presidente a propuesta de los legisladores del partido político o alianza opositora con mayor presencia numérica en el cuerpo importa que cuando esa mayoría de la oposición se modifique a favor de otro partido o alianza, el presidente nombrado a propuesta de la mayoría opositora que dejó de serlo deba cesar en su cargo, a fin de que sea nombrado otro presidente cuya propuesta provenga del nuevo partido o alianza de mayor peso numérico opositor.

c.3. Duración en el cargo, reelección y remoción. Inmunidades, inhabilidades e incompatibilidades

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no trata esas cuestiones, las que están reguladas en la ley reglamentaria.

¹⁰⁷ En el orden nacional, seis auditores generales son designados, tres por el Senado y tres por Diputados, observando la composición de cada cámara. El séptimo (presidente), por resolución conjunta de los presidentes de ambas cámaras.

¹⁰⁸ La ley saltina exige que por lo menos **Llegaron los GIGAS que tu celu pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar** una parte de los diputados de la oposición política.

La Constitución de Salta establece que los auditores generales duran cinco años en sus funciones y pueden ser reelegidos ¹⁰⁹, disponiendo que sean removidos por juicio político por las mismas causales previstas para la remoción de los jueces (delito común, mala conducta, retardo de justicia, mal desempeño o falta de cumplimiento de los deberes a su cargo) ¹¹⁰. Les establece las mismas incompatibilidades e inmunidades ¹¹¹ que a los jueces.

d) Funcionamiento

d.1. Ámbito de competencia y órbita de actuación

Los ámbitos, alcances y rasgos generales en que se desarrolla el control de las auditorías en las constituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la provincia de Salta presentan las siguientes características:

1. Ambas constituciones las caracterizan como órganos de control externo.
2. En cuanto al momento del control, la Constitución de Salta establece que la Auditoría es el órgano competente para el control externo "posterior", en tanto que en la de la ciudad autónoma no se señala el momento en que se opera su control, lo que ha quedado derivado a la legislación reglamentaria ¹¹².

¹⁰⁹ La ley porteña establece que duran cuatro años en sus funciones y pueden ser reelegidos por una sola vez. La ley nacional prescribe que duran ocho años en su función y que pueden ser reelegidos (la falta de limitación de la posibilidad de reelección pareciera autorizar una reelección indefinida).

¹¹⁰ La legislación reglamentaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que los auditores generales sólo pueden ser removidos con el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Legislatura, por inconducta grave o mal desempeño en el ejercicio de sus funciones o procesamiento firme por delito doloso o imposibilidad material de cumplir con sus funciones. En cualquier caso debe asegurarse el previo ejercicio del derecho a defensa. Recordemos que la Constitución de la Ciudad Autónoma prevé una excepción a este principio, estableciendo que todo funcionario que fuese condenado por sentencia firme por delito contra la Administración será separado sin más trámite (art. 57, párr. 2°). La legislación nacional señala que podrán ser removidos en caso de inconducta grave o manifiesto incumplimiento de sus deberes por los procedimientos establecidos para su designación.

¹¹¹ La ley de la Ciudad Autónoma remite a las inhabilidades e incompatibilidades previstas para los legisladores en la Constitución. La ley nacional indica que no podrán ser designados quienes se encuentren inhabilitados, en estado de quiebra o concursados civilmente, con procesos judiciales pendientes o que hayan sido condenados en sede penal.

¹¹² La ley 70 de "Sistemas de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la ciudad" señala en el art. 131, como momento genérico en el cual operará el control presupuestario, el "posterior". Sin embargo, observamos que la Auditoría también podrá intervenir previamente a requerimiento de la Legislatura, cuando se trate de actos o contratos de "significación". Se ha dejado la apreciación de este último término al legislador, no habiendo mayores precisiones sobre ella. Creemos que este contralor puede resultar importante en licitaciones públicas de gran envergadura económica, en procesos de privatización, en áreas de la transparencia del obrar de la administración (SCHAFRIK, Fabiana H., "El control externo del presupuesto de la ciudad de Buenos Aires desde la perspectiva constitucional", LL 2000-C-1081). Del anteproyecto de ley surgió la facultad de la Auditoría de intervenir de oficio previamente en los actos de significación económica.

Tal caracterización marca una diferencia fundamental entre los sistemas que permiten un control de carácter previo a través de la observación con efectos suspensivos ¹¹³.

3. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires refiere a control externo del sector público, en tanto que la de Salta al control externo de la hacienda pública provincial o municipal.

En la ciudad autónoma el concepto de sector público comprende la Administración Pública centralizada, cualquiera sea su modalidad de organización, y empresas, sociedades o entes en los que la ciudad tenga participación ¹¹⁴, en tanto que Salta, que refiere a la hacienda pública provincial y municipal, incluye expresamente los organismos descentralizados, cualquiera fuese su modalidad de organización, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos y entes privados adjudicatarios de servicios privatizados en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos.

4. La Auditoría dictamina (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) o examina e informa a la Legislatura la cuenta general del ejercicio (Salta) o de inversión ¹¹⁵ (Ciudad Autónoma de Buenos Aires); sobre los estados contables (Salta) y financieros (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y cuentas de percepción de los fondos públicos (Salta) de la administración.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires expresamente dispone que la Auditoría tiene facultades para verificar la correcta aplicación de los recursos públicos que se hubiesen otorgado como aportes o subsidios, incluyendo los destinados a los partidos políticos del distrito.

5. En cuanto a los aspectos sobre los que recae el control, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se refiere a los económicos, financieros, patrimoniales, de gestión y de legalidad. Igual criterio sigue Salta, que alude a los tres primeros, mencionando, además, lo presupuestario y operativo.

6. Ambas constituciones, de diversas formas, contemplan que el alcance del control comprende tanto la legalidad como la gestión, y que esta última se realiza en función de la economía, eficiencia y eficacia.

7. El control político de la gestión corresponde al Poder Legislativo.

¹¹³ Esta afirmación la realizamos desde una postura favorable a la conveniencia de un control temporalmente amplio que abarque tanto lo previo y lo simultáneo y no sólo lo posterior.

¹¹⁴ La ley reglamentaria agrega a los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización y concesión en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos, así como todo ente que perciba, gaste o administre fondos públicos en virtud de una norma legal o con una finalidad pública.

¹¹⁵ En sus aspectos económicos, financieros, patrimoniales, de sistemas informáticos, de gestión y de legalidad.

e) *Funciones*

Las legislaciones orgánicas ofrecen un amplio menú de funciones de las auditorías, las que varían conforme al perfil institucional que se le procure asignar. Mencionamos, a título ilustrativo, las siguientes:

e.1. *De control, fiscalización y auditoría*

Control de los ingresos públicos, cualquiera sea su origen, mediante la ejecución de auditorías y la elaboración de informes; fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en relación con la utilización de los recursos ¹¹⁶; realización auditorías contables, financieras, de sistemas informáticos, de legalidad, de gestión y de exámenes especiales de las entidades bajo su control ¹¹⁷; evaluación de programas, proyectos y operaciones; examen y emisión de dictámenes sobre los estados contables financieros de los organismos de la Administración, preparados al cierre de cada Ejercicio; control de la aplicación de los recursos provenientes de las operaciones de crédito público y realización de los exámenes necesarios para formarse opinión sobre la situación de este endeudamiento; realización de exámenes especiales de actos y contratos de significación económica; auditoría y emisión de opinión sobre la memoria y los estados contables financieros, así como del grado de cumplimiento de los planes de acción y presupuesto de las empresas y sociedades dependientes del Estado o en las que éste tenga participación; auditoría a las unidades ejecutoras de programas y proyectos financiados por los organismos internacionales de crédito en el marco de los acuerdos que a dicho fin se celebren con tales organismos y, eventualmente, con la Nación; auditoría de la gestión de los juicios en los que el Estado sea parte; verificación de que los órganos de la administración mantengan el registro patrimonial de sus funcionarios públicos (presentación, registro, actualización, archivo de las declaraciones juradas patrimoniales); verificación de la correcta aplicación de los recursos públicos destinados a los partidos políticos; control de los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización y concesión en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos; control de los entes que perciban, gasten o administren fondos públicos en virtud de una norma legal o con una finalidad pública; evaluación de los aspectos referentes a la protección del medio ambiente por parte de las entidades controladas; dictamen sobre la cuenta de inversión de los fondos públicos; comunicación a las autoridades superiores de los órganos auditados de toda trasgresión a normas sobre la gestión financiera patrimonial, aunque de ella no se derive daño a la hacienda pública; recomendación a los or-

¹¹⁶ Una vez dictados los actos correspondientes.

¹¹⁷ Estos trabajos pueden ser realizados directamente por la Auditoría General o mediante la contratación de profesionales, estudios o agencias especializadas. A tal fin fija los requisitos de idoneidad que deben poseer y las normas técnicas a las que deberán ajustarse sus tareas.

139

ganismos y entidades responsables de la promoción de acciones en sede judicial o administrativa o, de tener legitimación procesal para ello, actuación por sí en sede judicial en caso de graves irregularidades cometidas contra el patrimonio público.

e.2. Consultivas e informativas

Realización de recomendaciones para la mejora del estado de la hacienda pública sobre la base de sus dictámenes, exámenes e informes especiales y publicación de los informes, dictámenes y pronunciamientos finales de la Auditoría.

f) Facultades y atribuciones

Para cumplir con los objetivos reseñados, normalmente a las auditorías gozan de diversas facultades:

f.1. De acceso y publicidad de la información

Las funciones de las auditorías tiene como correlato el deber de colaboración de todos los agentes, funcionarios, autoridades y titulares de los organismos y entes sobre los que tiene competencia, los que estarán obligados a suministrar los datos, documentos, antecedentes e informes relacionados con el ejercicio de sus funciones, contado con amplias facultades para promover las investigaciones de contenido patrimonial de la actividad de los organismos bajo su control que se estimen necesarias, comunicando sus conclusiones al órgano legislativo.

Con la finalidad de garantizar el ejercicio de estas facultades las leyes reglamentarias suelen disponer que todo funcionario que obstaculice las tareas de la Auditoría, demorarse injustificadamente o no le brindare la información, documentación o colaboración requerida incurre en mal desempeño de sus funciones, susceptible de habilitar el juicio político o sumario administrativo, según el caso, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere caberle.

Respecto de la publicidad de sus actos, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que todos los dictámenes son públicos, garantizado su acceso irrestricto a cualquier ciudadano; en tanto que la de Salta los caracteriza de públicos y correlativamente impone la obligación de publicar los informes, dictámenes y pronunciamientos finales de la Auditoría.

f.2. Jurisdiccionales

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, luego de establecer que la Auditoría "tiene personería jurídica", le reconoce en su Constitución "legitimación procesal" de manera general, en tanto que la Constitución de Salta señala específicamente que "tiene legitimación procesal para promover acciones en sede judicial o administrativa o, de tener legitimación procesal para ello, actuación por sí en sede judicial en caso de graves irregularidades cometidas contra el patrimonio público".

funciones atribuidas por esta Constitución y las leyes, posible daño patrimonial al fisco".

Tal legitimación procesal les permite interponer acciones ante la justicia sin necesidad de tener que recurrir a la mediación de otros órganos del Estado que la posean.

La Constitución de la ciudad autónoma establece que es competencia originaria y exclusiva del Tribunal Superior de Justicia conocer de las demandas que promueva la Auditoría General de la ciudad.

Se ha sostenido que la Auditoría General carece de facultades para realizar juicios de cuentas o responsabilidad, consistiendo su función en un dictamen de aprobación de documentos o puntualización de los errores, defectos o hechos presuntivamente delictuosos *prima facie* comprobados, quedando reservada a la acción judicial la comprobación de los cargos, la existencia del delito y la responsabilidad del funcionario. No obstante esta afirmación, que está bastante generalizada en la doctrina a la hora de enunciar las diferencias existentes entre las atribuciones de los tribunales de cuentas y de las auditorías y que parecería derivarse de la lectura de los textos constitucionales que no contemplan esta facultad para las auditorías, resultaría desmentida por vía legislativa. En este sentido la ley reglamentaria salteña señala que "La declaración y graduación de la responsabilidad del posible daño patrimonial al Fisco de quienes tengan injerencia en el manejo de fondos, valores u otros bienes públicos, sean como administradores, recaudadores, simples gestores, custodios o aun como beneficiarios de concesiones de servicios públicos, de aportes o subsidios, constituyen pretensiones deducibles ante el fuero en lo civil y comercial de los tribunales provinciales, por la Auditoría General de la provincia de acuerdo con el art. 169, Constitución provincial"¹¹⁸.

3. La Sindicatura General en el derecho público provincial

a) Principios generales

a.1. Caracterización constitucional y ubicación institucional

La Sindicatura General es un organismo de control interno de la actividad hacendal de la Administración Pública, dependiente del Poder Ejecutivo.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aplica a la Sindicatura al control de la Administración Pública, en tanto que la de Salta lo hace respecto de la hacienda pública¹¹⁹.

¹¹⁸ En tanto que de conformidad a lo dispuesto por el art. 149, Constitución salteña, la consecución de dicha responsabilidad a los fines de procurar el resarcimiento compete al fiscal de Estado, como encargado de la defensa del patrimonio del Fisco.

¹¹⁹ La Constitución de Salta establece que la Sindicatura General es un organismo de control interno del Poder Ejecutivo nacional".

Las normas provinciales le atribuyen un control de carácter posterior ¹²⁰. Así la Constitución de Salta define a la Sindicatura General de la provincia como “el órgano de control interno presupuestario, contable, financiero, económico, patrimonial y legal de la Hacienda Pública provincial centralizada y descentralizada, cualquiera fuere su modalidad de organización” ¹²¹ que evalúa las actividades y programas a ser ejecutados en la provincia con caudales públicos. Expresamente dispone que los restantes poderes y municipios fijan su procedimiento de control interno.

En tanto que la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires expresa que la Sindicatura General “tiene a su cargo el control interno, presupuestario, contable, financiero, económico, patrimonial, legal y de gestión, así como el dictamen sobre los estados contables y financieros de la Administración Pública en todas las jurisdicciones que componen la administración central y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, así como el dictamen sobre la cuenta de inversión”.

Las constituciones le reconocen personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera ¹²² (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), derivando a la ley el establecimiento de su organización, funcionamiento (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y competencia (Salta).

La Sindicatura es definida como “el órgano rector de las normas de control interno y supervisor de las de procedimiento en materia de su competencia, y ejerce la fiscalización del cumplimiento y aplicación de las mismas” ¹²³ (Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Se la conceptualiza como órgano normativo, de asesoramiento, supervisión y coordinación del sistema de control interno, el que integra junto con las unidades de auditoría interna de cada jurisdicción y entidades que dependen del Poder Ejecutivo.

a.2. Organización del sistema de control interno

El sistema de control interno de la Administración está conformado por la Sindicatura General y por las Unidades de Auditoría Interna en los distintos or-

¹²⁰ En concordancia con esa limitación constitucional al momento en que deber realizarse el control, la ley reglamentaria salteña establece que “la Sindicatura General actúa asesorando y evaluando las actividades y programas que se ejecuten en la provincia con caudales públicos. A estos efectos, presentará las recomendaciones que considere pertinentes, las cuales no suspenden la ejecución de los actos administrativos”. Adviértase que al punto la legislación no habla de “observaciones” sino de “recomendaciones” y que no les asigna los efectos suspensivos, que es la característica fundamental que permite al control previo expresarse en plenitud, en procura de actuar evitando que la eventual irregularidad, daño o perjuicio patrimonial se concrete.

¹²¹ Y todo otro ente en el que el Estado provincial, o sus organismos descentralizados tengan participación, agrega la ley.

¹²² Así lo hacen también la Constitución de la provincia de Salta y la Nación por ley.

¹²³ La legislación salteña la conceptualiza como el organismo rector del sistema de control interno de la hacienda pública provincial.

ganismos y entes de la Administración. Estas unidades dependen jerárquicamente de la autoridad superior de cada organismo o ente y actúan coordinadas técnicamente por la Sindicatura General. A los fines de asegurarla, se instituye a la Sindicatura como el órgano normativo, de asesoramiento, supervisión y coordinación del sistema de control y auditoría interna.

A su vez, la autoridad superior de cada organismo o entidad dependiente del Poder Ejecutivo es la responsable de mantener el sistema de control interno dentro de su ámbito. Para ello debe incluir dentro sus reglamentos la planificación de actividades y los manuales de procedimientos de los instrumentos de control previo, simultáneo y posterior para la auditoría interna.

Esta auditoría interna debe constituirse como una función permanente de toda organización encomendada a los auditores integrantes de las unidades de auditoría interna.

Para asegurar la eficacia del control es imprescindible que las funciones y actividades de los auditores internos se mantengan desligadas de las operaciones sujetas a su examen y que sean realizadas de manera objetiva, sistemática y continua.

La ley salteña señala que el síndico general será asistido por los funcionarios que determine el Poder Ejecutivo y que la Sindicatura General contará con un equipo multidisciplinario de funcionarios y empleados de planta cuyo ingreso se llevará a cabo por concursos de antecedentes. Siempre deberá velarse por que exista una equilibrada composición interdisciplinaria.

b) Composición, integración, designación y remoción

b.1. Designación y remoción

El titular de la Sindicatura General es el síndico general, quien la dirige y representa; es designado y removido por el Poder Ejecutivo ¹²⁴. En su estructura orgánica puede contemplarse que esté secundado por síndicos generales adjuntos ¹²⁵.

De la forma de designación y remoción se desprende que el síndico no goza de ningún tipo de estabilidad en su cargo, ya que ella depende de la voluntad del titular del Ejecutivo. En ese sentido, la ley reglamentaria de la provincia

¹²⁴ La Constitución de la ciudad autónoma le asigna una jerarquía equivalente a la de ministro.

¹²⁵ Así lo hace por ley la Nación, en número de tres, quienes sustituyen al síndico general en el orden de prelación que este establezca.

Los síndicos generales adjuntos participan en la actividad de la Sindicatura en general, sin perjuicio de las responsabilidades de determinadas funciones y cometidos que el síndico general les atribuya, conjunta o separadamente, con arreglo a la naturaleza de la materia o la importancia o particularidades del caso. El síndico general, no obstante la delegación, conserva la plena autoridad dentro del organismo y podrá abocarse al conocimiento y decisión de cualquiera de las cuestiones planteadas.

140

de Salta establece que cesará en sus funciones al finalizar el mandato del gobernador que lo designó, sin perjuicio de las ulteriores designaciones que en su persona recayeran.

b.2. Requisitos

Para ser síndico general se exige poseer título universitario en derecho o ciencias económicas ¹²⁶ y contar con calificada experiencia en temas jurídicos, económicos, contables, financieros y de gestión vinculados al sector público no inferior a cinco años ¹²⁷ (Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

c) Funciones

Las funciones de las sindicaturas, si bien varían en las distintas legislaciones, en términos generales pueden clasificarse y enunciarse de la siguiente manera:

c.1. De control e información

Dictar, aplicar y velar por el cumplimiento de las normas de control interno, de auditoría interna y de evaluación de programas, proyectos y operaciones y las emanadas de los demás órganos rectores de los sistemas de administración financiera ¹²⁸; supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno, facilitando el desarrollo de la actividad de la Auditoría General; formular directamente a los organismos y entidades comprendidos en su ámbito de competencia observaciones y recomendaciones tendientes a asegurar el adecuado cumplimiento normativo, la correcta aplicación de las reglas de auditoría interna y de los criterios de economía, eficiencia y eficacia; comprobar la puesta en práctica por parte de los organismos controlados de las observaciones y recomendaciones efectuadas; realizar auditorías, exámenes especiales y las misiones que le encomiende el Poder Ejecutivo, sean en forma directa o a través de estudios profesionales de auditores independientes, calificados como aceptables, según lo determine la reglamentación; aprobar los planes anuales de trabajo de las unidades de sindicatura interna, y orientar y supervisar su ejecución y evaluar sus resultados; analizar y evaluar los informes de auditoría interna que deberá recibir de las diferentes unidades de sindicatura interna; verificar el cumplimiento por parte de los organismos controlados de las observaciones y recomendaciones efectuadas por las unidades de sindicatura interna y acordadas con los respectivos responsables; emitir informes sobre la gestión y el sistema de control interno vigente en cada organismo o entidad, formulando recomendacio-

¹²⁶ U otros con especialización financiera o de control (ley de Salta).

¹²⁷ Exige al menos cinco (5) años de ejercicio profesional y una experiencia en Administración Pública, financiera o en auditoría, también no inferior a cinco años (ley de Salta). La legislación nacional, una experiencia en administración financiera y auditoría no inferior a 8 años.

¹²⁸ Las normas deberán contemplar, en cuanto sean aplicables, las de uso y aceptación nacional e internacional para órganos de auditoría interna.

nes para su eficiencia y fortalecimiento, para la corrección de errores y para la adopción de las medidas necesarias y conducentes a tales fines; informar a la Auditoría General de todo acto o conducta que impliquen irregularidades que arriben a su conocimiento a través del ejercicio de sus funciones; poner en conocimiento del Poder Ejecutivo y del fiscal de Estado o del órgano que corresponda, los actos detectados en el ejercicio de sus funciones que hubiesen acarreado, o estime puedan acarrear, perjuicios significativos para el patrimonio público; efectuar el control de la presentación de las declaraciones juradas patrimoniales que prevean las normas en la materia; informar al titular del Poder Ejecutivo sobre la gestión económica, financiera, operativa, y de control interno de los organismos y entidades comprendidos dentro del ámbito de su competencia ¹²⁹; informar a la Auditoría General sobre la gestión de fiscalización cumplida, sin perjuicio de atender consultas y requerimientos específicos formulados por órgano externo de control; informar a la opinión pública en forma periódica.

c.2. Consultivas

Asesorar en materia de control y auditoría al Poder Ejecutivo y a las autoridades de los organismos y entidades que fiscalice.

c.3. Normativas

Dictar y actualizar las normas de control interno y de auditoría interna, así como las normas generales de evaluación de programas para el sector público provincial. Las normas de auditoría interna deben contemplar, en tanto sean aplicables, las de uso y aceptación nacional e internacional para órganos de auditoría interna del Estado; establecer los requisitos o parámetros de calidad técnica para el personal que conformará las unidades de sindicatura interna.

c.4. Otras

Mantener un registro de auditores y consultores a los efectos de la utilización de sus servicios y desarrollar toda otra función o tarea que le asigne el titular del Poder Ejecutivo en el marco de sus competencias.

d) Facultades

Las sindicaturas están facultadas para contratar estudios de consultoría y auditoría bajo términos específicos de referencia, reservándose la planificación y control de los trabajos a efectuar, así como el cuidado de la calidad del informe fi-

¹²⁹ La legislación salteña establece que la Sindicatura General de la provincia elevará sus informes al gobernador y remitirá a los ministros informe sobre la gestión cumplida por los entes fiscalizados sobre el estado de situación del control en las jurisdicciones y entidades, sin perjuicio de atender las consultas y los requerimientos específicos que formulen dichos funcionarios.

nal. Los profesionales que contrate en forma individual u organizados en firmas de auditoría o consultoría deben estar inscriptos en un registro creado al efecto.

Asimismo, pueden requerir en el ámbito de su competencia la información que le sea necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Para ello, todos los agentes y autoridades del sector público deben prestar su colaboración, considerándose la conducta adversa como falta grave.

LAS AUDITORÍAS Y SINDICATURAS GENERALES EN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES

Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Tít. VII (Órganos de control), cap. IV, arts. 135 y 136 (Poder Legislativo)	Auditoría . 7 miembros	Designados por decisión de la mayoría absoluta de la Legislatura. Presidente designado a propuesta del partido político o alianza opositora con mayor representación numérica en el cuerpo. Demás miembros designados a propuestas de los demás partidos o alianzas de la Legislatura respetando su proporcionalidad		
	Tít. VII (Órganos de control), cap. II, art. 133 (Poder Ejecutivo)	Síndico o síndica general	Designado por el Poder Ejecutivo		Removido por el Poder Ejecutivo
Salta	Secc. II, 4ª parte, cap. único, art. 169	Auditoría 3 a 5 miembros (según lo establezca la ley)	Seleccionados por una Comisión Permanente en la Cámara de Diputados integrada por siete miembros, con participación de la minoría. Designados previa audiencia pública por la Cámara de Senadores en sesión pública	Abogado, contador u otro graduado con especialización en administración financiera, control y auditoría	Duran 5 años en su cargo. Pueden ser reelegidos. Son removidos mediante juicio político
		Síndico general	Designado por el Poder Ejecutivo		Removido por el Poder Ejecutivo

TERCERA PARTE

Control de la legalidad administrativa

I. FISCALÍA DE ESTADO

1. Principios generales

a) Caracterización

Podemos sostener que, en la generalidad de los casos, nuestro derecho público provincial ha caracterizado a la Fiscalía de Estado como un órgano en el que confluyen dos funciones: la de órgano de control de la legalidad administrativa y la de la defensa de intereses generales o de la Administración. Esta dualidad de funciones atribuida por los diseños institucionales provinciales es la causa de los mayores cuestionamientos al organismo.

b) Antecedentes y evolución histórica

a) Sin perjuicio de otros antecedentes destacables ¹³⁰, la opinión mayoritaria ubica el nacimiento de la institución en la organización judicial francesa medieval. Inicialmente estaba integrada por los procuradores o abogados ordinarios del rey, que defendían sus intereses patrimoniales y fiscales, sin perjuicio de tener su propia clientela. Con el fortalecimiento de la autoridad real se convirtieron en verdaderos magistrados, dejando de atender sus clientes particulares y agregando a su función de defensa de los intereses del monarca, la defensa de los intereses generales de la sociedad ¹³¹ y el Estado ¹³².

b) Paulatinamente la institución dividió sus funciones, dando lugar a la configuración de dos organismos distintos: a) el *Ministerio Público*, vinculado al Poder Judicial y con funciones de defensa del orden público, el ejercicio de la acción pública y la defensa de los más débiles y b) la *Fiscalía de Estado*, como órgano defensor de los intereses del fisco. A este rol, posteriormente y con el desarrollo del principio de juridicidad de la Administración, se le añadió el control del Poder Ejecutivo y de la Administración en defensa de las leyes.

¹³⁰ Entre los que encontramos al *Defensor Civitatum* romano, al *Patronus Fiscis* de las Leyes de Partidas y al fiscal del Consejo de Indias de las Leyes de Indias, este último como encargado de la defensa de la jurisdicción y del patrimonio y hacienda real, de la vigilancia del cumplimiento de las leyes, y la protección de los desamparados, sean éstos indios, pobres o miserables. La institución, ya con la denominación de "Fiscalías de Estado", se incorpora a nuestro derecho patrio a través del decreto del 8/7/1823.

¹³¹ De los socialmente más vulnerables.

¹³² RAUEK DE YANZÓN, Inés B., "La Fiscalía de Estado en las constituciones provinciales", en PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros - ÁBALOS, María G. (coord.), *Derecho público provincial y municipal*, 2ª ed. act., La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 536.

Este proceso de desintegración de funciones originariamente concentradas en una misma institución y ulteriormente atribuidas de diferentes maneras a distintos órganos ¹³³, ha impactado en el recorrido histórico de búsqueda de ubicación constitucional, autonomía funcional y contorno institucional de ambas organizaciones ¹³⁴. En el caso de las Fiscalías de Estado, la combinación de funciones de fiscalización, asesoramiento y defensa en juicio del Estado que las legislaciones le suelen atribuir, ha producido un entrecruzado de roles tan disímiles que dificultan perfilar la institución, al ponerse bajo su responsabilidad cometidos que aparecen como de ejercicio incompatible o contradictorio.

c) El problema del perfil institucional

Esta atribución de múltiples cometidos, muchas veces en pugna con los principios de división de funciones, ha dificultado la definición institucional de las Fiscalías de Estado y les ha impedido la realización de un recorrido autónomo, a diferencia de lo ocurrido con relación al Ministerio Público ¹³⁵.

Mientras que las funciones de asesoramiento y defensa en juicio de la Administración aproximan a la Fiscalía de Estado al Poder Ejecutivo ¹³⁶, las funciones de control pueden colocarlo en tensión con este departamento de gobierno. El conflicto es potencialmente menor cuando la fiscalización se refiere a cuestiones meramente administrativas, pero se agrava cuando se acerca al Ejecutivo o éste interpreta que el control obstaculiza la concreción de sus políticas.

En muchas de las constituciones provinciales o de las legislaciones reglamentarias de las Fiscalías de Estado se mantiene el doble perfil de defensor-controlador, atribuyéndole funciones de ejercicio incompatible, con el perjuicio que ello acarrea a la legitimidad de la institución ante la doctrina y aun ante la sociedad ¹³⁷. Otros órdenes constitucionales provinciales han diferenciado estas funciones y las han distribuido entre diversos órganos, sustrayendo de la Fiscalía las tareas de asesoramiento ¹³⁸.

¹³³ Los que actúan en distintos ámbitos de poder (judicial y administrativo).

¹³⁴ De ello da cuenta el proceso de lucha del Ministerio Público por independizarse, primero del Poder Ejecutivo y luego del Judicial, en procura de transformarse en un órgano extrapoder, por un lado, y de las vicisitudes en la trayectoria histórica de las Fiscalías de Estado, en el casi siempre fallido intento de lograr una definición institucional de autonomía, por el otro.

¹³⁵ El Ministerio Público ha evolucionado en un derrotero que lo llevó del Poder Ejecutivo, al Judicial y en algunas legislaciones a erigirlo en un verdadero órgano extrapoder. Ello fue posible atento a la naturaleza de las funciones que tiene asignadas, lo que facilitó la situación de tránsito y la definición de su perfil institucional, lo que en el caso de las Fiscalías de Estado, es aún, en términos generales, una asignatura pendiente.

¹³⁶ A lo que se agrega el efecto gravitacional que ellos ejercen sobre el resto de las instituciones.

¹³⁷ Esta crisis de legitimidad es el resultado de que en la práctica se le reclama un comportamiento, y en el diseño institucional otro, resultando la institución enjuiciada con relación al incumplido.

¹³⁸ Las que se colocan en cabeza de un asesor de gobierno.

La cuestión se complejiza aún más con la aparición de nuevos órganos de control ¹³⁹ cuyos roles pueden afectar o superponerse respecto de los de la Fiscalía, lo que pone en crisis los repartos tradicionales y las actuaciones esperadas.

2. Recepción en el derecho público provincial

a) Recepción normativa

Las constituciones provinciales ¹⁴⁰ recogen la institución, con excepción de la provincia de Tucumán ¹⁴¹.

En todas las constituciones el órgano es unipersonal y se denomina fiscal de Estado, cuando se hace hincapié en el órgano-persona, o Fiscalía de Estado, cuando se prefiere designarlo como órgano-función. El Estatuto Organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo designa como procurador general de la ciudad.

Ninguna Constitución refiere a las figuras de fiscales adjuntos, ni a detalles de su organización interna, lo que se delega a la legislación orgánica reglamentaria.

b) Ubicación institucional

Como resultado de la evolución histórica referida, el derecho público provincial exhibe dos sistemas:

b.1. Inserción en un poder del Estado

Se hace depender o se vincula la figura a uno de los poderes del Estado. Lo incorporan en el Poder Ejecutivo Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Misiones, Salta, Santa Cruz y Santa Fe ¹⁴². Como resabio

¹³⁹ Defensorías del pueblo, fiscalías de investigaciones administrativas y oficinas anticorrupción, entes reguladores de servicios públicos, entre otros.

¹⁴⁰ En el orden federal la figura no está receptada, siendo sus funciones ejercidas por diversos órganos, por ej. procurador general de tesoro, Fiscalía de Investigaciones Administrativas, defensor del pueblo, etc.

¹⁴¹ La Fiscalía de Estado de la provincia de Tucumán carece de jerarquía constitucional.

¹⁴² Catamarca lo ubica en la sección correspondiente al Poder Ejecutivo en un capítulo intitulado "Del Asesoramiento al Poder Ejecutivo" (junto con el asesor general, el consejo asesor, los consejos representativos y el Consejo de Partidos Políticos). Corrientes le asigna un capítulo en la sección correspondiente al Poder Ejecutivo, asignándole funciones de asesoramiento. Buenos Aires, Entre Ríos y Misiones lo ubican dentro de la sección referida al Poder Ejecutivo, en un capítulo junto con el contador y tesorero. Salta, Santa Fe y Santa Cruz le dedican un capítulo dentro del Poder Ejecutivo. Salta le asigna el cap. III de 2ª parte de la secc. II, a las que no titula; pero debe advertirse que los primeros dos capítulos se dedican al Poder Ejecutivo y a los ministros, respectivamente, por lo que el agrupamiento los relaciona. Esta vinculación queda más en evidencia si se repara que en la 4ª parte de la misma sección se destina un capítulo único a la Auditoría General de la provincia, que regula a la Auditoría y Sindicatura

de la evolución histórica a la que hicimos referencia, y en solitario, Mendoza (la Constitución más antigua del país, de 1916) la vincula al Poder Judicial, aunque la dinámica de los hechos no confirma la ubicación formal ¹⁴³.

b.2. Órgano autónomo extrapoder

Se diseña a la institución como un órgano dotado de cierta autonomía y se lo caracteriza como extrapoder, privilegiando su perfil de control y colocándolo en un pie de igualdad sistemática con los poderes del Estado ¹⁴⁴. Es el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a las provincias de Chaco, Chubut, Formosa, La Pampa, La Rioja, Neuquén, San Juan, Santiago del Estero y Tierra del Fuego ¹⁴⁵. Esta tendencia diferencia las funciones de asesoramiento, control y defensa, atribuyendo la primera en algunos casos (Catamarca, La Rioja y Mendoza), al asesor de gobierno ¹⁴⁶.

Un sector de la doctrina ha apoyado estas modificaciones considerando que al instituto debe liberárselo de toda función asesora del Poder Ejecutivo, tales como la defensa del gobierno o de actuar como cabeza del cuerpo de asesores de abogados del Estado, sosteniendo que estas funciones no son compati-

General de la provincia. Río Negro y Córdoba lo ubica dentro de la sección correspondiente al Poder Ejecutivo. Río Negro en un capítulo titulado "Órganos de control interno", junto con la Contaduría General y la Comisión de Transacciones Judiciales; y Córdoba, con la Contaduría General, en un capítulo titulado "Órganos de control".

¹⁴³ Así, la Constitución de Mendoza ubica la institución en un capítulo dentro de la sección del Poder Judicial que titula "Del fiscal de Estado y asesor de gobierno". Es dable destacar que en esa sección se dedica otro capítulo al "Tribunal de Cuentas de la Administración Pública".

¹⁴⁴ Esta igualdad formal se expresa dedicando a estos órganos partes, secciones o capítulos en los que se divide la Constitución en paridad sistemática con los órganos poder.

¹⁴⁵ Formosa dedica un capítulo al fiscal de Estado en una parte, innominada, que contiene a otros órganos de control o auxiliares. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires asigna a la Procuración General (equivalente a la Fiscalía de Estado) un capítulo dentro del título de los "Órganos de control". Neuquén le otorga un capítulo dentro del título denominado "Órganos de defensa de los intereses del Estado y de contralor". Santiago del Estero le adjudica un capítulo dentro del título referido a "Los órganos de control". Chubut y Tierra del Fuego le dedican una sección a los órganos de contralor y dentro de ella un capítulo a la Fiscalía de Estado. Similar tratamiento le otorga Jujuy, que le asigna un capítulo dentro de la sección titulada "Organismos de contralor". La Pampa le asigna un capítulo al fiscal de Estado, dentro de una sección que contempla otros órganos de control. Chaco lo ubica en un capítulo dentro de la sección dedicada a los organismos de control. La Rioja le dedica un artículo dentro del capítulo referido a los "Órganos de fiscalización y asesoramiento". La Constitución de San Juan, que sólo está sistematizada en capítulos, dispone uno para la Fiscalía de Estado.

¹⁴⁶ La Constitución de Catamarca señala al asesor general de gobierno como quien asistirá al gobernador sobre toda cuestión jurídica o técnica que interese al Estado provincial y en todo lo relativo al ejercicio de sus funciones de gobernador; la de La Rioja le asigna funciones de asesoramiento del gobernador y reparticiones de Administración Pública, con excepción de las entidades descentralizadas, y de presidir el cuerpo de abogados del Estado, exigiendo para ocupar el cargo las mismas condiciones que para fiscal de Estado; en tanto que la de Mendoza prescribe que habrá un solo asesor de gobierno para todas las reparticiones dependientes del Poder Ejecutivo, con excepción de aquellas que tienen un carácter autónomo establecido constitucionalmente.

bles con la de contralor de la misma actividad del Poder Ejecutivo o de sus organismos y que el ejercicio de una debilitará la posibilidad de ejercicio de las otras, concluyendo que es imposible controlar al Ejecutivo y a su vez asumir su defensa (Rauek de Yanzón, 1993, p. 275).

c) Composición, integración, designación y duración en funciones

c.1. Condiciones para el ejercicio del cargo

Las constituciones provinciales determinan distintas exigencias para ocupar el cargo, existiendo dos sistemas: las que las fijan por remisión a cargos del Poder Judicial y las que las establecen de manera específica.

— *Requisitos por remisión:* La mayoría requiere para ser fiscal de Estado las mismas condiciones requeridas para el desempeño de cargos integrantes del Poder Judicial o del Ministerio Público. Dentro de este grupo encontramos las que exigen los mismos requisitos que para ser: a) miembro del Superior Tribunal de Justicia o Corte Suprema (Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, Chaco, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero y Tierra del Fuego); b) fiscal del Superior Tribunal de Justicia (Entre Ríos) y c) juez de primera instancia (Misiones). Como consecuencia de ello, en la mayoría de los casos, se le determinan las mismas prerrogativas, inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y remuneraciones de los miembros de Poder Judicial.

Esta equiparación con los más altos cargos del Poder Judicial demuestra la voluntad de requerir para esta función una persona de alta idoneidad moral y técnica, acreditando la jerarquía que se le ha querido otorgar al órgano, que en la práctica, muchas veces permanece inadvertido y sin mayor predicamento en la opinión pública (Rauek de Yanzón), circunstancia comúnmente originada en una falta de independencia efectiva del poder político.

— *Requisitos propios:* La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chubut, Córdoba y Formosa no exigen condiciones análogas a cargos del Poder Judicial. El Estatuto Organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Constitución de Formosa no disponen nada al respecto. La Constitución de Córdoba exige ser abogado con por lo menos diez años de ejercicio profesional, en tanto que la de Chubut ser abogado, siete años de ejercicio profesional y cinco años de residencia en la provincia.

c.2. Designación

Considerando las diversas etapas en la designación (selección del candidato ¹⁴⁷, proposición y designación), la mayoría de las constituciones no dife-

¹⁴⁷ La que podría realizarse, por ejemplo, a través de concursos realizados ante consejos

142

rencian los órganos encargados de cada etapa ¹⁴⁸. Mayoritariamente hacen recaer la elección en el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura o alguna de sus cámaras. En ningún caso son elegidos popularmente. Encontramos los siguientes sistemas:

— Poder Ejecutivo con el acuerdo de la Legislatura (en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chubut, Formosa, Jujuy, Misiones, Neuquén, Río Negro, Santa Fe, Santa Cruz, Santiago del Estero y Tierra del Fuego).

— Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, Entre Ríos, Mendoza, Salta y San Luis).

— Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Diputados (Chaco, La Pampa y La Rioja) o con acuerdo de la Cámara de Representantes (Misiones).

— Poder Ejecutivo en forma exclusiva (Córdoba).

— En San Juan es designado por la Cámara de Diputados a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura, sustrayendo su nombramiento del Poder Ejecutivo.

Respecto de la posibilidad de ser renombrado o redesignado sólo la establecen expresamente las provincias de La Rioja, Santa Fe y Santiago de Estero.

c.3. Duración en el cargo e inamovilidad

Éste es un tema en el que incide el problema del perfil institucional ya expuesto, en la medida en que su caracterización como asesor del Poder Ejecutivo trae aparejada una duración periódica del cargo vinculada al mandato del gobernador que lo nombró y una libre remoción por su parte, fundada en la necesidad de que como su colaborador sea de su estricta confianza, más allá de que esta dependencia entre en contradicción con las funciones de defensa y representación de la provincia y fundamentalmente con las facultades de control constitucionalmente asignadas al fiscal de Estado ¹⁴⁹. Correlativamente, su caracterización como órgano extrapoder y su designación con participación legislativa, y la consiguiente exigencia de un procedimiento especial de remoción, le otorgaría rasgos de inamovilidad y estabilidad de muy relativos efectos en la práctica ¹⁵⁰.

Al respecto encontramos los siguientes sistemas:

— *Inamovilidad* ¹⁵¹ y *duración indefinida*: Buenos Aires, Chaco, Entre Ríos, Mendoza, Neuquén, San Juan y Tierra del Fuego.

¹⁴⁸ Para la designación de los magistrados se ha considerado que favorece su independencia el atribuir estas tres etapas del nombramiento a distintos órganos.

¹⁴⁹ Sin duda alguna que esta contradicción influye negativamente en la valoración y consideración de la institución como un órgano de contralor y vigilancia de la forma que las normas y la doctrina le reclaman.

¹⁵⁰ Ya que en los hechos, aunque el funcionario tenga aseguradas esas garantías, generalmente cuando el gobernador o el partido que lo nombró se retira del gobierno, presenta la renuncia.

¹⁵¹ Mientras dure la buena conducta del funcionario.

— *Inamovilidad y duración limitada*: Chubut, Corrientes, La Pampa, Río Negro, Salta, Santa Cruz y Santa Fe. La inamovilidad está inscripta dentro del plazo del mandato del gobernador que lo designó.

— *Plazo predeterminado*: cuatro años, La Rioja, San Luis y Santiago del Estero.

Las constituciones de las provincias de Río Negro, Salta, Santiago del Estero y Santa Cruz establecen expresamente que pueden ser renombrados o redesignados en sus cargos una vez que hubiera operado la conclusión del período del mandato.

c.4. Remoción

Cuando las constituciones caracterizan al cargo del fiscal de Estado como periódico, otorgándole un lapso de duración (sea de cuatro años, sea asociado al mandato del gobernador que lo designó o el de su reemplazante legal), esto importa que finalizado el período el fiscal concluye el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de que pueda operar antes por su remoción en las formas previstas en cada Constitución. Cuando las constituciones disponen la inamovilidad en el cargo, hay que estar al procedimiento de remoción que se establezca. Respecto de los procedimientos de remoción, se observan los siguientes sistemas:

— *Por juicio político*: Buenos Aires, Chaco, Corrientes, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Río Negro, Salta, San Juan, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero y Tierra del Fuego. Córdoba tiene un sistema mixto, puede ser removido por juicio político o por el Poder Ejecutivo.

— *Por el Jurado o Tribunal de Enjuiciamiento*: Chubut (Tribunal de Enjuiciamiento), Entre Ríos, Misiones y Neuquén (Jurado de Enjuiciamiento), Mendoza (Jury de Enjuiciamiento) y San Luis (Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados).

— *Por el Poder Ejecutivo*: Ciudad Autónoma de Buenos Aires (jefe de gobierno) y Córdoba (también por juicio político).

Catamarca no dispone expresamente el procedimiento de remoción.

LAS FISCALÍAS DE ESTADO EN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES

Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
Buenos Aires	V (Poder Ejecutivo), cap. VI, art. 155	1 fiscal de Estado	Gobernador con acuerdo del Senado	Haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo. Título de abogado. Entre 30 y 70 años de edad. 10 años de ejercicio en la abogacía o magistratura	Removido por juicio político

Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
Catamarca	III, cap. VII, art. 162	1 fiscal de Estado	Gobernador con acuerdo del Senado	Ciudadano argentino. 35 años de edad. 10 años de ejercicio en la abogacía u 8 cuando hubiera desempeñado funciones judiciales durante la mitad de ese tiempo por lo menos	
Chaco	VI, cap. I (Organismos de control), art. 172	1 fiscal de Estado	Poder Ejecutivo con acuerdo de los dos tercios de los miembros de la Cámara de Diputados	Ser argentino nativo o naturalizado. 10 años de ejercicio de la ciudadanía. Título de abogado. 30 años de edad. 6 en el ejercicio en la profesión o en la magistratura	Removido mediante juicio político
Chubut	Parte II, secc. V (Órganos de contralor), cap. I, art. 216	1 fiscal de Estado	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura	Ciudadano argentino. Título de abogado. 7 años de ejercicio profesional. 5 años de residencia inmediata en la provincia	Dura en sus funciones el tiempo del mandato del gobernador que lo ha designado, siendo inamovible durante ese período, excepto por las causales y los mecanismos previstos por esta Constitución. Removido por el tribunal de enjuiciamiento
Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Libro II, Tít. VII (Órganos de control), cap. III, art. 134	1 procurador o procuradora general y los demás funcionarios que la ley determine	Procurador general: Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura. El plantel de abogados se selecciona por riguroso concurso público de oposición y antecedentes		Removido por el Poder Ejecutivo
Córdoba	2ª parte, Tít. I, secc. II (Poder Ejecutivo), cap. V (Órganos de control), art. 150	1 fiscal de Estado	Designado por el Poder Ejecutivo	Abogado. 10 años de ejercicio en la profesión	Removido por el Poder Ejecutivo. Puede ser sometido a juicio político

Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
Corrientes	Tít. II, secc. II (Poder Ejecutivo), cap. VI, art. 176	1 fiscal de Estado	Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado	Ciudadanía en ejercicio. Diplomado en derecho por una Facultad de la República. 30 años de edad. 4 de ejercicio en la profesión o en el desempeño de la magistratura	Ejerce sus funciones durante el período del gobernador que lo ha designado. Inamovible mientras dure su buena conducta. Removido mediante juicio político
Entre Ríos	V (Poder Ejecutivo), cap. IV, art. 139	1 fiscal de Estado	Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado	Ciudadano argentino. Título nacional de abogado. 30 años de edad. 6 años de ejercicio activo en la profesión de abogado o en la magistratura	Es inamovible en sus funciones mientras dure su buena conducta
Formosa	4ª parte, cap. I, art. 148	1 fiscal de Estado	Poder Ejecutivo con acuerdo legislativo		Puede ser sometido a juicio político (art. 156)
Jujuy	X (Organismos de contralor), cap. I, art. 197	1 fiscal de Estado	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura	Argentino. Título de abogado con validez nacional. 30 años de edad. 8 años en el ejercicio en la profesión o en funciones judiciales.	Ejercerá sus funciones durante el mandato del gobernador que lo hubiere designado y podrá ser removido mediante juicio político
La Pampa	II, cap. I, art. 101	1 fiscal de Estado	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Diputados	28 años de edad. Título de abogado. 5 años de ejercicio en la profesión o en funciones judiciales. 5 años de ejercicio de la ciudadanía	Si observare buena conducta desempeñará su cargo hasta el fincamiento del período constitucional del gobernador que lo designó. Puede ser removido por juicio político

143

Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
La Rioja	Cap. IX, art. 144	1 fiscal de Estado	Gobernador con acuerdo de la Cámara de Diputados	Título de abogado. 10 años de ejercicio profesional o de desempeño en la magistratura. 30 años de edad	Dura en sus funciones 4 años y podrá ser reelegido. En ese período será inamovible y sólo podrá ser removido por las causas y el procedimiento establecido para el juicio político
Mendoza	Cap. IV, art. 177	1 fiscal de Estado 1 asesor de gobierno	Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado	Nacido en territorio argentino o ser hijo de padres nativos, habiendo optado por la ciudadanía de sus padres, si hubiere nacido en territorio extranjero. 30 años de edad y no más de 70. Abogado. 10 años de ejercicio en la profesión u 8 de magistratura	Son inamovibles mientras dure su buena conducta. Ambos son enjuiciables ante el Jury
Misiones	2ª parte, secc. I, Tít. II, cap. V, art. 128	1 fiscal de Estado	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Representantes	Ciudadanía. 25 años de edad. Abogado. 3 años de ejercicio	Puede ser removido a través del Jurado de Enjuiciamiento
Neuquén	Tít. VI (Órganos de defensa de los intereses del Estado y de contralor), cap. I, art. 252	1 fiscal de Estado	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura	Ciudadanía argentina. Abogado. 30 años de edad. 5 en el ejercicio efectivo en la abogacía o en una magistratura judicial o Ministerio Público	Inamovible mientras dure su buena conducta. Podrá ser removido mediante el Jurado de Enjuiciamiento
Río Negro	3ª parte, secc. IV (Poder Ejecutivo), cap. IV (Órganos de control interno), art. 190	1 fiscal de Estado	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura	30 años de edad. Argentino. 10 años de ejercicio de la ciudadanía. 10 años de ejercicio en la abogacía, en la magistratura judicial o en el Ministerio Público. 2 años de residencia en la provincia	Dura en sus funciones el mismo período constitucional que el gobernador y puede ser redesignado. Es removido por las causales y procedimientos del juicio político

Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
Salta	II, 2ª parte (Poder Ejecutivo), cap. III, art. 149	1 fiscal de Estado	Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado	Ciudadano argentino. Abogado. 30 años de edad. 10 años en el ejercicio en la profesión de abogado o en la magistratura o Ministerio Público. 4 años de residencia inmediata en la provincia si no hubiere nacido en ésta	Dura todo el período del gobernador que lo designó o de su reemplazante legal, pudiendo ser designado nuevamente. Está sujeto a juicio político
San Juan	XI, cap. único, arts. 263 a 265	1 fiscal de Estado	Nombrado por la Cámara de Diputados a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura	Argentino nativo o naturalizado. 10 años de ejercicio de la ciudadanía. Abogado. 10 años de ejercicio profesional o de desempeño en la magistratura. 30 años de edad	Es inamovible mientras dure su buena conducta, estando sujeto al juicio político
San Luis	Cap. XXIV, arts. 236 a 237	1 fiscal de Estado	Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado	Ejercicio de la ciudadanía. 30 años de edad. Abogado. 10 años de ejercicio en la profesión de abogado o en alguna magistratura judicial. 3 años de residencia continua e inmediata, si no hubiera nacido en la provincia	Dura 4 años. Puede ser removido de su cargo por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados
Santa Cruz	VI (Poder Ejecutivo), cap. VI, art. 125	1 fiscal de Estado	Poder Ejecutivo con el acuerdo de la cámara	Natural de la provincia o contar con una residencia continua y permanente de 4 años inmediatos anteriores a su designación. Argentino nativo o por opción. 30 años. Abogado. 6 años de ejercicio en la profesión o en funciones judiciales	Inamovible mientras dure su buena conducta. Sólo podrá ser removido por las causales y el procedimiento del juicio político. Finalizará en sus funciones al cesar en su mandato quien lo designó, pudiendo ser redesignado

Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
Santa Fe	IV (Poder Ejecutivo), cap. VI, art. 82	1 fiscal de Estado	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa	Argentino. Abogado. 30 años de edad. 10 de ejercicio en la profesión de abogado o en la magistratura. 2 años de residencia inmediata en la provincia si no hubiere nacido en ésta	Ejerce sus funciones durante el periodo del gobernador que lo ha designado, sin perjuicio de ser renombrado. Es inamovible y puede ser removido sólo según las normas del juicio político
Santiago del Estero	Parte II, Tít. III (Órganos de control), cap. I, art. 168		Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura	Ciudadano argentino o naturalizado. 8 años de ejercicio de la ciudadanía. 3 años de domicilio real e inmediato en la provincia, si no hubiera nacido en ésta. Abogado. 35 años de edad. 10 años de ejercicio activo en la profesión, computando indistintamente la actuación como abogado y el desempeño en la carrera judicial	Dura 4 años en el ejercicio de sus funciones, pudiendo ser designado nuevamente. Es removido por juicio político
Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur	2ª parte, Tít. I, secc. IV (Órganos de control), cap. II, art. 167	1 fiscal de Estado	Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura	Argentino. 10 años en ejercicio de la ciudadanía. 35 años de edad. Abogado. 10 años de ejercicio en la profesión	Inamovible en el cargo mientras dure su buena conducta y sólo podrá ser removido mediante juicio político

d) Funciones y atribuciones

La descripción de funciones y atribuciones del fiscal se integra en lo formal por una tríada conformada por la defensa del patrimonio del Fisco, el asesoramiento del Poder Ejecutivo y el control de la legalidad de la administración ¹⁵², aunque en la práctica las efectivamente ejercidas no coinciden con las

¹⁵² A las que suelen sumarse algunas otras.

indicadas en los textos constitucionales ¹⁵³. Esta situación pone en cuestión y dificulta la corrección de las descripciones y categorizaciones que se intenten en el tema, por lo que nos limitaremos a señalar las funciones que los distintos ordenamientos comúnmente atribuyen al fiscal de Estado.

d.1. Defensa y representación de los intereses del Estado o el Fisco

Le corresponde al fiscal defender los intereses del Estado, en general, o del fisco, en particular, habida cuenta de que algunas constituciones limitan su accionar a la defensa de los intereses patrimoniales.

Esta función normalmente se ejerce ante el Poder Judicial. A tal efecto, es parte necesaria como actor o demandado en todos los juicios que comprometan, controviertan, contrarién, perjudiquen o afecten, directa o indirectamente, intereses o el patrimonio del Estado. Esta atribución se ejerce a través de demandas, defensas, denuncias u otras vías adjetivas, realizadas por sí o por medio de representante. Usualmente la actividad de defensa comienza preventivamente en sede administrativa.

En ciertos casos, su accionar incluye la participación en los procedimientos que se desarrollan ante los tribunales de cuentas, o que se originan en su actuación. Esta atribución es contemplada por algunas constituciones de manera diversa, por ejemplo, indicando que es parte de todos los procesos que se formen ante el Tribunal de Cuentas (Catamarca, La Rioja, Mendoza, Neuquén), al cual servirá de asesor (Mendoza y Neuquén), deduciendo (Santa Fe) o ejecutando las acciones del tribunal (Chaco, San Juan y Santiago del Estero, en esta última provincia en forma conjunta con aquél).

Las legislaciones orgánicas suelen establecer reglas concretas sobre la manera de ejercer su función ¹⁵⁴. Atento al volumen de causas en que le corresponde intervenir, debe obrar asistido por una estructura compuesta por diversos abogados que integran la Fiscalía en su rama de Procuración. La Constitución de Catamarca lo señala como el superior jerárquico de los abogados de la Administración Pública que defiendan al Estado ¹⁵⁵.

¹⁵³ Esto se debe a que, por las mutaciones y transformaciones institucionales a las que hemos hecho referencia, en el plano de la realidad en muchos casos el diseño competencial se ve alterado por la vía de las legislaciones reglamentarias, los criterios jurisprudenciales o las prácticas administrativas.

¹⁵⁴ Normalmente indican que el fiscal de Estado no puede, sin autorización del Poder Ejecutivo o de la autoridad competente, efectuar transacciones judiciales o extrajudiciales, allanarse a las demandas entabladas contra la provincia o desistir de la acción o del derecho en los juicios iniciados por la provincia, comprometer cuestiones al juicio de árbitros, arbitrajes o amigables componedores, salvo cuando el monto no supere los límites que las normas establecen. Puede consentir sentencias y otras resoluciones sin necesidad de autorización previa. Está obligado a oponer la prescripción y solicitar la declaración de caducidad de la instancia en los casos en que corresponda.

¹⁵⁵ La Constitución de Chubut indica que corresponde al fiscal de Estado dictaminar en forma previa a toda contratación de profesionales del derecho por parte del Estado provincial, in-

d.2. Control de la legalidad administrativa

Tiene a su cargo el control de la legalidad objetiva de la actividad administrativa del Estado ¹⁵⁶, actuando de oficio y alcanzando el contralor de los actos del Poder Ejecutivo, de la Administración Pública provincial, organismos descentralizados y entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades con participación estatal mayoritaria, en suma de la Administración Pública centralizada, descentralizada o autárquica.

Este control objetivo resulta de confrontar los principios y disposiciones constitucionales y legales con el obrar de la administración, verificando si éste es respetuoso de las normas vigentes.

El control de la legalidad de la administración se ejerce primero *preventivamente*, en forma de dictamen facultativo u obligatorio, asistencia, asesoramiento, consulta, opinión, supervisión, fiscalización, u otros modos de intervención. Constituciones recientes disponen que "Bajo pena de nulidad, es necesario el dictamen jurídico de la Fiscalía de Estado previo al acto administrativo en los casos que establezca la ley" ¹⁵⁷. La opinión emitida por Fiscalía no es vinculante para el órgano controlado ni constituye un acto administrativo en sí misma, pero debe ser considerada en la motivación del acto a dictarse, aun en caso de no ser compartida ¹⁵⁸.

Cuando el fiscal de Estado estime que el Estado o la Administración ha dictado una disposición, decreto, reglamento, resolución o ha realizado un contrato o cualquier acto jurídico o administrativo que no se encuentra ajustado al marco jurídico de legalidad objetiva al cual debe someter su funcionamiento, está obligado a ejercer un control *a posteriori* para restablecer la legalidad vulnerada.

A tales fines debe accionar, demandar, sostener o recurrir ante cualquier tribunal de cualquier fuero o jurisdicción, la inconstitucional, nulidad, lesivi-

cluyendo entidades descentralizadas o autárquicas y sociedades del Estado, fijando en su caso los alcances del contrato. El Estatuto Organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone que el plantel de abogados de la ciudad se selecciona por riguroso concurso público de oposición y antecedentes.

¹⁵⁶ En atención a que el Estado de Derecho exige la autolimitación de las autoridades y la subordinación de su actuación a la ley, surge como lógica consecuencia la necesidad de controlar la legalidad de su accionar.

¹⁵⁷ El precepto proviene de la constitución de Corrientes. Si bien es la primera constitución que asigna estos efectos al dictamen del fiscal, muchas leyes orgánicas ya contemplaban la situación. Esto significa que en los casos de dictamen obligatorio, el acto no podrá ejecutarse sin que éste se produzca, importando el dictamen la última etapa jurídica del procedimiento administrativo antes del dictado de la resolución. En el caso de que el Poder Ejecutivo no participe de la opinión del fiscal de Estado, en los asuntos en que su dictamen sea requerido u obligatorio, deberá fundar su decisión de acuerdo con derecho, también bajo pena de nulidad. La resolución no surtirá efectos hasta que no se notifique al fiscal (Ley Orgánica cordobesa).

¹⁵⁸ Luego el fiscal de Estado puede iniciar la acción correspondiente para dejar sin efecto el acto dictado en oposición a su vista, cosa que

dad, revocatoria o cualquier tipo de acción que fuere menester. En los sistemas que distinguen el fiscal del Estado del asesor de gobierno (por ejemplo Mendoza), cuando el fiscal de Estado demande la inconstitucionalidad de algún decreto o resolución del Poder Ejecutivo, la defensa de éste corresponde al asesor del gobierno.

d.3. Asesoramiento legal del Poder Ejecutivo

Esta función es contemplada por algunas constituciones como las de Corrientes, Jujuy, Salta, Santa Fe, Santiago del Estero ¹⁵⁹ y Tierra del Fuego y ha recibido importantes críticas por ser considerada contradictoria con las funciones de control. Otros sistemas constitucionales descartan esta función, encomendándosela a otro órgano, el asesor de gobierno, salvando así las objeciones a las que hacíamos referencia.

La mayoría de las legislaciones orgánicas lo definen como órgano asesor ¹⁶⁰ técnico, jurídico y de orden administrativo, el que debe expedirse en todo asunto que le sea consultado o sometido a su examen, al tiempo que ponen bajo su responsabilidad la dirección, planificación y supervisión del cuerpo de asesores letrados de la Administración.

Este cuerpo está integrado por los asesores letrados de los ministerios, secretarías, demás dependencias administrativas del Estado y de las distintas entidades de la Administración centralizada y descentralizada, quienes revisten administrativamente dentro de la estructura orgánica de sus respectivas reparticiones, pero dependen técnicamente del fiscal de Estado, el que puede darles instrucciones o directivas, coordinar sus actividades, convocar reuniones plenarios para el tratamiento de los temas que lo requieran, propender a la unificación de criterios jurídicos, etc. Sus dictámenes imponen criterios obligatorios para los demás órganos jurídicos de la Administración Pública y sus entes.

Normalmente el asesoramiento al Ejecutivo alcanza a los proyectos de ley a remitir al Poder Legislativo, así como las comunicaciones y respuestas a los pedidos de informes. Las legislaciones orgánicas suelen encomendarle la compilación e información sistematizada de la legislación, jurisprudencia y doctrina, así como la de señalar al Poder Ejecutivo la necesidad o conveniencia de propiciar el dictado de leyes, decretos o resoluciones, o su modificación o derogación, en procura del perfeccionamiento del orden jurídico provincial.

¹⁵⁹ Las constituciones de Río Negro y de Salta señalan expresamente que es consultado por el gobernador a la hora de dictar un decreto de necesidad y urgencia y la de Santiago del Estero establece que emite un dictamen previo a su dictado.

¹⁶⁰ Algunas lo caracterizan como órgano exclusivo de asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo.

d.4. Investigación sobre funcionarios y empleados de la Administración Pública

Si bien las constituciones no lo manifiestan expresamente, se ha considerado que los fiscales de Estado están facultados a ello en el medida en que la investigación esté vinculada al ejercicio de sus funciones constitucionalmente conferidas¹⁶¹.

Por ello, las legislaciones reglamentarias normalmente le asignan la facultad de investigar la conducta administrativa de los funcionarios y agentes públicos de la Administración Pública provincial, pudiendo solicitar la suspensión de la ejecución de los actos o hechos sometidos a su investigación que pudieren causar un perjuicio grave e irreparable al Estado, así como informar al Poder Ejecutivo, cuando lo estimara conveniente, que la permanencia de un funcionario en su cargo pudiera obstaculizar gravemente el curso de la investigación. Cuando de las investigaciones practicadas tome conocimiento de eventuales actos ilícitos, debe denunciarlos ante los órganos judiciales competentes. El fiscal de Estado debe constituir al Estado provincial en querrelante en los casos en que los delitos denunciados pudieren afectar el patrimonio de la provincia.

Las legislaciones orgánicas suelen facultarlo para disponer la instrucción de sumarios administrativos y la ampliación de las investigaciones de los que están en trámite. Algunas legislaciones colocan a su cargo las direcciones o reparticiones de sumarios administrativos; sin perjuicio de ello, es común que se asigne a los abogados que prestan funciones en las distintas reparticiones del Estado la realización de las investigaciones y la instrucción de los sumarios administrativos que haya que llevar a cabo en el ámbito de su dependencia.

Algunas leyes extienden las facultades investigativas del fiscal de Estado a instituciones o asociaciones que tengan como principal fuente de ingresos recursos estatales al efecto de determinar su correcta inversión.

d.5. Integración de órganos colegiados

Algunas constituciones lo erigen como integrante de otros órganos colegiados con diversas funciones. Integra el Consejo de la Magistratura en Corrientes y Tierra del Fuego, el Jurado de Enjuiciamiento en Formosa y el Tribunal Electoral en Catamarca, Neuquén y Santiago del Estero¹⁶².

e) Autonomía funcional

Si bien sólo las Constituciones de las provincias de Chaco y Corrientes consagran su autonomía funcional (la primera también la presupuestaria), en general

¹⁶¹ Algunas legislaciones, como la mendocina, extienden la facultad investigativa a toda institución o asociación que tenga como principal fuente de recursos aportes estatales, al solo efecto de determinar su correcta inversión. Recordemos que esta provincia por vía legal creó dentro del ámbito de la Fiscalía de Estado, una Fiscalía Adjunta de Investigaciones Administrativas.

¹⁶² En Córdoba integra el Consejo de la Magistratura, por disposición legal, atento a que el Consejo carece de jerarquía constitucional.

las distintas legislaciones reglamentarias le asignan diversos grados de autonomía. Normalmente se le reconocen facultades para proponer la designación, ascenso y remoción de los funcionarios y empleados bajo su dependencia; para la proposición o dictado del reglamento o régimen funcional y orgánico y disciplinario del servicio jurídico a su cargo; para proyectar el presupuesto de gastos e inversiones, entre otras disposiciones tendientes a concretar el nivel de autonomía necesario para el cumplimiento de las funciones constitucional y legalmente asignadas.

3. Conclusiones

Sobre la base de las críticas que se formulan a las Fiscalías de Estado, la doctrina ha estimado que es posible dar respuesta a algunas de ellas a través de una caracterización constitucional de la institución que la perfila como un verdadero órgano extrapoder de control de la Administración.

Algunos han estimado que a ello contribuiría una clara delimitación de sus funciones, por sustracción de aquellas que hagan, por ejemplo, al asesoramiento de Poder Ejecutivo. Así, mediante la creación del asesor de gobierno (figura que dependería de la confianza del gobernador, formando parte de la estructura orgánica del Poder Ejecutivo y concentrado en las tareas de asesoramiento del Ejecutivo y defensa de los actos del Estado a través del cuerpo de abogados que lo secunde), se permitiría asignar a la Fiscalía de Estado las funciones de contralor de la legalidad de la Administración de manera más eficaz y eficiente. Estas soluciones deberían ser recogidas por el diseño constitucional y rodeando a la institución de todas las garantías de imparcialidad e independencia que se le exigen y de la autonomía funcional necesaria para un adecuado cumplimiento de sus fines¹⁶³.

Ésta y otras propuestas deberán tenerse en cuenta para que, de cara al futuro, cada provincia, con realismo institucional, atendiendo a sus tradiciones y particularidades, propicie un perfeccionamiento institucional de su sistema de control, que incluya en qué términos recrear y fortalecer la institución de la Fiscalía de Estado.

II. FISCALÍA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

1. Principios generales

a) Caracterización

Se trata de una institución que tiene a su cargo la fiscalización del obrar de la Administración Pública, centralizada o descentralizada, desde el punto de vista de su racionalidad ética, defendiendo los intereses de la sociedad de contar con una Administración Pública sana.

¹⁶³ En coincidencia, ver RAJEX DE YANZÓN, Inés B., "La Fiscalía de Estado...", cit., p. 538.

b) Antecedentes

A nivel federal, la figura fue receptada hace varias décadas ¹⁶⁴, sufriendo ulteriormente una evolución que impactó en su naturaleza, ubicación institucional, jerarquía y funciones.

Actualmente, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas de la Nación se encuentra regulada en la ley 24.946 ¹⁶⁵ como organismo desconcentrado y parte integrante del Ministerio Público ¹⁶⁶ en su rama fiscal ¹⁶⁷, dependiendo de la Procuración General de la Nación.

Su pertenencia al Ministerio Público le permite desenvolverse en un ambiente de autonomía respecto de los poderes del Estado. Por ello, se la ha caracterizado como un órgano de control externo de la Administración Pública nacional, técnicamente desconcentrado y dependiente del procurador general de la Nación, en tanto máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal.

2. Recepción en el derecho público provincial

a) Recepción normativa

a.1. Recepción

Algunas provincias han incorporado la institución de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas a sus ordenamientos jurídicos, por vía constitucional o legal, como un organismo de contralor de las irregularidades administrativas. Así fue acogida en las constituciones de las provincias de Corrientes, Formosa, La Pampa y Río Negro. Fue incorporada a nivel legal por Chaco, en tanto que Mendoza ha establecido una Fiscalía de Investigaciones Administrativa adjunta a su Fiscalía de Estado.

a.2. Caracterización normativa

Las constituciones provinciales la caracterizan como un órgano que tiene a cargo la investigación de las conductas administrativas de los funcionarios y

¹⁶⁴ Sus antecedentes son la Comisión Ejecutiva Investigadora de Irregularidades en la Administración Pública nacional (dec. 5668/1962), sustituida por la Comisión Nacional de Investigaciones (dec. 6111/1962). Sobre esa base se creó la Fiscalía de Investigaciones Administrativas (dec. 11.265/1962). En el año 1976 (dec. 21.383) se otorgó mayor jerarquía a sus autoridades, de manera que a su fiscal general pasó a tener la misma categoría que la del procurador general de la Nación. Como el dec. 21.383 no determinaba la ubicación institucional del organismo, se discutió en la doctrina su pertenencia y vinculación o con el Poder Judicial o con el Ejecutivo. La cuestión quedó resuelta con el dictado de la ley 24.946.

¹⁶⁵ Se regula a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas en forma integral y sistémica en los arts. 43 a 50.

¹⁶⁶ Incorporado por el art. 120, CN, a través de la reforma de 1994.

¹⁶⁷ Recordemos que el Ministerio Público Fiscal, junto con el Ministerio Público de la Defensa (art. 2º, ley 24.946), conforma el Ministerio Público, órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera (art. 120, CN).

agentes de la Administración Pública, de los entes descentralizados y autárquicos, y de las empresas y sociedades del Estado o controladas por éste (Corrientes, Formosa, La Pampa y Río Negro) o en las que tenga participación (Corrientes y La Pampa). La Constitución de Formosa establece que controlará la existencia de beneficiarios de las acciones imputadas y, cuando corresponda, investigará a éstos, conforme a las circunstancias de cada caso.

a.3. Denominación

En el derecho público provincial se ha seguido unánimemente la denominación de Fiscalía de Investigaciones Administrativas. Las constituciones regulan la figura de su titular (el fiscal de Investigaciones Administrativas) y el ámbito competencial general, remitiendo a la ley reglamentaria la organización, funciones, competencia, procedimiento y la situación institucional de la Fiscalía.

b) Ubicación institucional

Las constituciones sistemáticamente la ubican de diversa manera, a saber:

a) *Dentro del Poder Legislativo*: Corrientes.

b) *Como órgano de control externo, previsto en la sección del Poder Legislativo*: Río Negro.

c) *Como órgano extrapoder*: Formosa y La Pampa.

c) Composición, integración, elección y duración en funciones

c.1. Requisitos

Se exigen los mismos que para ser miembro del Superior Tribunal de Justicia y le asignan idénticas prerrogativas e inmunidades (Corrientes, Formosa, La Pampa, La Rioja), derechos (Río Negro), incompatibilidades (Formosa, La Pampa y Río Negro) y prohibiciones (Formosa y La Pampa).

c.2. Designación

Las constituciones establecen distintas formas de designación, a saber:

— por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado: Corrientes;

— por la Legislatura a propuesta del Poder Ejecutivo: Río Negro;

— por los mismos procedimientos que para ser miembro del Superior Tribunal de Justicia ¹⁶⁸: Formosa;

— por el mismo procedimiento que los jueces ¹⁶⁹: La Pampa.

¹⁶⁸ Por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura.

¹⁶⁹ Por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Diputados, de una terna elevada por el Consejo de la Magistratura, previo concurso de antecedentes y oposición.

c.3. Duración en el cargo y remoción

Corrientes, La Pampa y Formosa establecen su inamovilidad, por lo que el fiscal permanece en el cargo mientras dure su buena conducta. En Río Negro dura seis años en el ejercicio de sus funciones y puede ser redesignado. En todos los casos es removido por el procedimiento del juicio político.

LAS FISCALÍAS DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS EN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES

Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
Corrientes	2ª parte, Tít. II, secc. I (Poder Legislativo), cap. IX, arts. 143 a 145	1 fiscal de Investigaciones Administrativas	Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado	Iguales requisitos que para ser miembro del Superior Tribunal de Justicia	Permanece en su cargo mientras dure su buena conducta. Removido por juicio político
Formosa	4ª parte, cap. III, art. 152	1 fiscal de Investigaciones Administrativas	Designado por igual mecanismo que los miembros del Superior Tribunal de Justicia	Iguales requisitos que para ser miembro del Superior Tribunal de Justicia	
La Pampa	III, cap. IV, art. 107	1 fiscal de Investigaciones Administrativas	Designado por el mismo procedimiento que los jueces	Iguales requisitos que para ser miembro del Superior Tribunal de Justicia	Inmovible mientras dure su buena conducta
Río Negro	3ª parte, cap. VII (Órganos de control externo), arts. 164 a 166	1 fiscal de Investigaciones Administrativas	Poder Legislativo a propuesta del Poder Ejecutivo	Iguales requisitos que para ser miembro del Superior Tribunal de Justicia	Duran 6 años en las funciones y pueden ser redesignados. Se remueven por las causales y procedimientos del juicio político

d) Funciones

Las funciones de las Fiscalías de Investigaciones Administrativa encuentran desarrollo en las leyes reglamentarias. Un sucinto análisis de ellas permiten tener una aproximación o conocimiento de su marco competencial y formas de actuación. Encontramos tres tipos de funciones: de investigación, procedimentales y normativas.

d.1. De investigación

Alcance: Las Fiscalías de Investigaciones Administrativas tienen como función investigar la regularidad de la conducta de los funcionarios y agentes de la Administración Pública provincial. **llegaron los GIGAS que tu celular pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar**

empresas, sociedades y todo otro ente en que el Estado provincial tenga participación.

En ejercicio de tal competencia, el fiscal deberá promover, cuando lo considere conveniente, la investigación formal, legal y documentada de: a) la conducta administrativa de los funcionarios y agentes que, en ejercicio de sus funciones o en vinculación con ellas, pudiere constituir una irregularidad o ilícito; b) la gestión administrativa en general o de la gestión financiera patrimonial; y c) los hechos o actos que puedan ocasionar daños y perjuicios a la hacienda pública.

Facultades en orden a la investigación: Para el cumplimiento de sus fines, las legislaciones le reconocen amplias facultades tales como solicitar informes, documentos, antecedentes y todo otro tipo de elemento que estime útil, recibir declaraciones testimoniales, examinar documentación, requerir dictámenes periciales, solicitar la colaboración de cualquier autoridad pública, en especial de las fuerzas policiales y de seguridad.

Algunas legislaciones lo habilitan a practicar allanamientos, secuestrar documentación u otros elementos, interceptar correspondencia e intervenir comunicaciones telefónicas, previa autorización judicial, y hasta disponer la detención e incomunicación de los presuntos responsables por medio de las autoridades respectivas, cuando del curso de una investigación se estableciera *prima facie* la comisión de un delito contra la Administración Pública, debiendo poner inmediatamente los hechos en conocimiento del juez competente y los detenidos a su disposición.

Suspensión de actos y funcionarios: Las legislaciones suelen prever que cuando el fiscal estimare que la ejecución, continuación o consecuencias de los actos o hechos sometidos a su investigación pudieren causar un perjuicio grave o irreparable para el Estado, podrá solicitar su suspensión al titular del poder respectivo.

Con el objeto de asegurar sus investigaciones las leyes lo autorizan a que cuando estimare que la permanencia en funciones de un ministro, secretario o funcionario con jerarquía equivalente, pueda obstaculizar gravemente la investigación, informe de esta situación a los titulares de los tres poderes para que determinen las acciones a adoptar. Cuando se tratase de funcionarios de jerarquía inferior, puede solicitar su suspensión a la autoridad de que dependan, sin perjuicio de poder reiterar el requerimiento hasta el titular del poder respectivo.

d.2. Procesales

Participación en actuaciones sumariales: Las Fiscalías de Investigaciones Administrativas deben intervenir como parte en los sumarios administrativos que se ordenen como consecuencia de las investigaciones ordenadas y formular denuncia penal en el caso de que los hechos investigados importen la comisión de delitos, siendo su intervención necesaria en las causas penales correspondientes.



Las autoridades que inicien sumarios administrativos que revistan importancia, gravedad o trascendencia están obligadas a comunicarlos a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas a fin de que tome intervención. De estimarlo conveniente, puede disponer la suspensión del sumario y su remisión para practicar la investigación en el seno de la Fiscalía o que el sumario se instruya por la vía correspondiente, siendo tenida como parte acusadora con igualdad de derechos a la sumariante y con derecho a recurrir toda resolución adversa a sus pretensiones.

En el caso de que la investigación hubiere sido concluida en la dependencia en la que revista el agente, se deberán elevar las actuaciones al fiscal con una síntesis de los hechos debatidos, el derecho aplicable y opinión fundada, para que éste emita su dictamen y devuelva las actuaciones al superior de la organización de la cual dependa el agente sumariado.

Cuando del curso de una investigación realizada por ante la Fiscalía resultaren comprobadas transgresiones a normas administrativas, se deberán pasar las actuaciones al titular de la jurisdicción respectiva, para que proceda conforme lo establezca la legislación aplicable. En tales casos dichas actuaciones servirán de base a los procedimientos que deban seguirse.

Formulación de denuncias: Cuando del curso de una investigación surgiera la posible comisión de un delito, el fiscal de Investigaciones Administrativas debe radicar la denuncia ante las autoridades judiciales competentes ¹⁷⁰.

Participación derivada de los procesos penales: Usualmente las Fiscalías de Investigaciones Administrativas se encuentran autorizadas para tomar intervención en las causas penales con las facultades que los códigos de procedimientos penales acuerdan al actor civil y al querellante particular.

Se suele contemplar que cuando en el curso de un proceso penal, el juez de la causa efectúe imputación formal de delito contra un agente o funcionario público por hechos vinculados con el ejercicio de su función, deberá poner esta circunstancia en conocimiento de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas a los efectos que hubiere lugar. Normalmente se dispone que con las citadas actuaciones deberá iniciarse el sumario administrativo correspondiente.

Procedimientos de responsabilidad política y procedimientos de determinación de responsabilidad y de cuentas: Las legislaciones provinciales establecen que cuando de las investigaciones practicadas por la Fiscalía de Investigaciones Administrativas resultaren cargos imputables a funcionarios que se encuentren sometidos a juicio político o jurado de enjuiciamiento, los antecedentes deben ser girados con dictamen fundado a la autoridad competente para entender de su tramitación.

Asimismo, cuando la investigación se refiera a la trasgresión a normas que rijan la gestión financiero-patrimonial, deberá elevar las actuaciones sumariales al Tribunal de Cuentas.

Recurribilidad: Con relación a este punto generalmente se distingue entre dos tipos de resoluciones:

a) aquellas que imponen sanciones a los agentes públicos como consecuencia de un proceso investigativo, las que son recurribles por los medios y por las formas que prevean las normas específicas del organismo en el que el agente revista;

b) aquellas en las que se resuelvan situaciones que afecten a funcionarios públicos y por las que corresponda dar intervención a otros organismos públicos, las que son irrecurribles.

Publicidad: Las leyes facultan las Fiscalías a dar publicidad solamente a las resoluciones definitivas y firmes concluidas en sede administrativa. Se suele disponer que en aquellos casos en que promueva la instancia penal, la publicidad será obligatoria, debiendo cuidar de no revelar hechos cuya difusión afecte a la eficacia de procedimientos pendientes.

Continuidad de las actuaciones: A los fines de garantizar la eficacia de su accionar, las legislaciones prevén que sus actuaciones deberán continuarse hasta su conclusión, aun cuando el agente cesare o hubiere cesado en el cargo, manteniendo la Fiscalía la plenitud de competencias y atribuciones a tal fin.

d.3. Normativas

Las constituciones y leyes la facultan a dictar su propio reglamento interno para el mejor funcionamiento del organismo y a elevar su proyecto de presupuesto a la Legislatura.

CUARTA PARTE

Defensor del Pueblo

I. PRINCIPIOS GENERALES

1. Caracterización

En términos generales, el Defensor del Pueblo es un órgano unipersonal, de control y vigilancia de la actividad administrativa, cuya función es velar por los derechos de los ciudadanos frente a los abusos de la Administración, sea denunciado esas irregularidades ante órganos jurisdiccionales, sea emitiendo informes ante la opinión pública y el Poder Legislativo.

Cuando consultamos el derecho constitucional nacional y provincial argentino, encontramos que es conceptualizado como un órgano que tiene como misión la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos y garantías e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en

¹⁷⁰ Comúnmente las legislaciones disponen que en estos casos las actuaciones de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas tendrán los efectos de una prevención sumaria o información policial.

la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las constituciones locales y las leyes, frente a los actos, hechos u omisiones de la Administración y de prestadores de servicios públicos ¹⁷¹ que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, inconveniente, inoportuno o negligente de sus funciones.

2. Antecedentes y evolución histórica

a) En el derecho comparado

La institución nace en Suecia en 1809 ¹⁷² con el dictado de la nueva Constitución que transformó su régimen de gobierno. La Constitución, influenciada por las teorías de Montesquieu, dividió las atribuciones del Estado entre el rey y su Consejo y los Estados ¹⁷³. Con estas reformas, además, se introdujo un nuevo órgano de control, el Justitie Ombudsman, que en nombre de los Estados (años más tarde, sustituidos por el Riksdag o Parlamento) fiscalizaría la gestión y comportamiento de los funcionarios y tribunales del reino ¹⁷⁴.

El Justitie Ombudsman debía controlar la observancia de las leyes por parte de los tribunales y funcionarios y demandar ante los tribunales competentes a aquellos que en el ejercicio de su función hubieran cometido ilegalidad o descuidado el correcto desempeño de los deberes propios de su cargo, sea por parcialidad, favor o cualquier otro motivo ¹⁷⁵.

¹⁷¹ El control del Defensor del Pueblo comprende a la Administración Pública en su conjunto; esto es, a la administración centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades con participación estatal mayoritaria y todo otro organismo del Estado provincial, cualquiera fuere su naturaleza jurídica, denominación, ley especial que pudiera regirlo o lugar donde preste sus servicios. Su control alcanza a las personas jurídicas no estatales o privadas, en cuanto ejerzan funciones estatales delegadas o prerrogativas públicas, o en cuanto presten servicios públicos por concesión o por cualquier acto administrativo del Estado. Quedan comprendidos también los actos de naturaleza administrativa de los poderes judicial, legislativo y de los órganos de control.

¹⁷² Los antecedentes inmediatos de la figura se desarrollaron durante el siglo XVII, cuando el rey sueco Carlos VII debió afrontar una prolongada guerra contra la Rusia del Zar Pedro I, lo que lo obligó a permanecer largos períodos ausente de su reino para encabezar la batalla, descuidando la atención de los asuntos internos de su administración. Por ello le encomendó a un colaborador las funciones de representación monárquica y le encargó vigilar la observancia de las leyes y reglamentos, preservar la fidelidad al imperio y fiscalizar el comportamiento de los servidores públicos a fin de mantener el orden y la confianza de su pueblo (GOZAÍNI, Osvaldo A., *El defensor del pueblo*, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 17).

¹⁷³ La nueva Constitución estableció una división de autoridad entre el rey y los Estados a fin de evitar que una sola de las partes tuviese todo el poder. De este modo el cuerpo ejecutivo se mantenía en el rey y el Consejo; la competencia legislativa se distribuyó entre éstos y los Estados. El Poder Judicial lo ejercían magistrados independientes (GOZAÍNI, Osvaldo A., *El defensor del pueblo*, cit., p. 17).

¹⁷⁴ GOZAÍNI, 1989, p. 17.

¹⁷⁵ Art. 96, Constitución Sueca de 1809.

El Ombudsman ¹⁷⁶, como comisionado del Parlamento, debía vigilar por el cumplimiento de la ley por parte de los funcionarios y acusar a aquellos que actuaran ilegalmente u olvidaran sus deberes. Durante el siglo XIX su misión básicamente abarcó la actividad de los tribunales de justicia, de los fiscales, de la policía y las prisiones. En el siglo XX se expandió a los abusos, injusticias y errores cometidos por otras áreas de la Administración, al tiempo que se atenuó su facultad acusatoria, la que fue sustituida en los casos menos graves, por la práctica de un "recordatorio" o recomendación al funcionario cuestionado.

A partir de la experiencia sueca, distintos países receptaron la institución y la adecuaron a sus diversas realidades y necesidades. Luego de Suecia (1809) fue incorporada por los otros países escandinavos: Finlandia (1919), Dinamarca (1953) y Noruega (1952/1962). Esta corriente fue seguida por Gran Bretaña (1967) y Francia (1973), Portugal (1976) y España (1978), entre otros.

Estos países la extendieron a las órbitas de su influencia: la Gran Bretaña al Commonwealth, Francia y España a algunos países de África y América Latina. Con la caída del muro de Berlín, la figura llegó a países de la Europa Central y la Europa Oriental.

Con su consagración en Portugal (1976) y España (1978), que salían de largas dictaduras, la Defensoría del Pueblo se inscribió en los esfuerzos para superar los legados de violaciones asociadas con los anteriores regímenes autoritarios. Por ello, a su tradicional misión de investigación, crítica, disuasión, persuasión y control frente al accionar de la Administración, se le adosó la de protección de los derechos fundamentales, otorgándosele para ello una legitimación procesal amplia.

La mayoría de los países latinoamericanos, bajo el influjo ibérico y sobre la base de circunstancias políticas similares de transición del autoritarismo a la democracia, adoptaron la institución en su versión funcional ampliada. Esta situación se repitió en Europa Central y Europa Oriental.

De esta forma observamos que los primeros modelos de la Defensoría escandinava y europea se limitaron a los casos de mala administración o negligencia gubernamental, en tanto que los últimos ampliaron su competencia a la defensa de los derechos humanos ¹⁷⁷.

¹⁷⁶ La palabra *Imbud* viene del sueco y quiere decir representante, comisionado, protector, mandatario, comisionado o representante del Parlamento y, en consecuencia, en último término, protector de los derechos del ciudadano (GOZAÍNI, Osvaldo A., "El 'ombudsman'", LL 1983-D-841, secc. Doctrina).

¹⁷⁷ Existen en algunos caso ombudsman especializados o sectoriales, como por ejemplo la Defensoría de Derechos Universitarios de la Universidad Autónoma de Nuevo México; los defensores de los consumidores en Suecia, Noruega, Dinamarca y algunos Estados de Estados Unidos; otros para la defensa de la libertad de prensa e información (Suecia, Gran Bretaña y Holanda); para el control de las fuerzas armadas y de seguridad (Alemania, Israel; Australia, Canadá), para ámbitos educativos (Canadá, EE.UU., México), etc. (LUNA, Eduardo, "El defensor del pueblo en el derecho público provincial", en PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros - ÁBALOS, María G. (coord.), *Derecho público provincial y municipal*, 2ª ed. act., La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 553).

Lo expuesto evidencia que tanto el diseño como los mecanismos institucionales de este organismo se concibieron y reformularon en cada país o sociedad local de acuerdo con sus necesidades y demandas específicas, lo que le otorga rasgos diferenciales que exigen su estudio comparado.

b) A nivel nacional

En la Argentina la institución se acogió por vía infraconstitucional en el año 1993, mediante ley 24.284. Con la reforma de 1994 adquirió jerarquía constitucional, contemplando la figura en el art. 86, siguiendo los lineamientos básicos del modelo consagrado en la Constitución española de 1978¹⁷⁸.

Por último, la ley 24.379 reguló la figura reglamentando el art. 86, CN, el que dispone: "El defensor del pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El defensor del pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial".

c) Recepción de la figura a nivel subnacional en el derecho comparado

El Defensor del Pueblo también encuentra en el derecho comparado recepción a nivel subnacional en los distintos órdenes de gobierno en los que se organizan territorial y políticamente muchos países.

Por ejemplo es el caso de Australia¹⁷⁹, Brasil¹⁸⁰, España¹⁸¹, Gran Bretaña¹⁸²,

¹⁷⁸ El modelo español puede caracterizarse como el de un defensor del pueblo como Alto Comisionado de las Cortes Generales (Parlamento), designado por éstas para la defensa de los derechos fundamentales, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dándoles cuenta. Goza de legitimación procesal, estando facultado para interponer recurso de inconstitucionalidad y amparo.

¹⁷⁹ Australia del Oeste, Australia del Sud, Nueva Gales del Sud, Queensland, Territorio del Norte y Victoria.

¹⁸⁰ En el Estado de Paraná y en las ciudades de Petrópolis y Curitiba.

¹⁸¹ En la región de Andalucía.

¹⁸² Irlanda del Norte, Gales y Escocia.

la India¹⁸³, Italia¹⁸⁴, Holanda¹⁸⁵, Canadá¹⁸⁶, Estados Unidos¹⁸⁷ y la República Federal Alemana¹⁸⁸.

3. Autonomía o dependencia funcional

En el derecho comparado la institución puede aparecer vinculada o dependiente de uno de los dos poderes políticos, Ejecutivo o Legislativo, o ser presentada como un órgano extrapoder, autónomo e independiente de los demás. La cuestión se vincula también con su ubicación constitucional, el procedimiento de designación y remoción, la duración en el cargo, las inhabilidades e incompatibilidades y demás aspectos de la figura.

En el derecho público constitucional argentino no existe ningún ombudsman ejecutivo. Todos están vinculados con el Legislativo, poniéndose mayor o menor énfasis en su autonomía funcional o en su caracterización como un órgano extrapoder.

II. RECEPCIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

1. Recepción normativa

a) A nivel provincial

En el marco del derecho público provincial, la institución ha sido receptada constitucionalmente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias de Chaco, Corrientes, Formosa, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán¹⁸⁹.

Se designa con sus denominaciones tradicionales de Defensor o Defensoría del Pueblo, salvo el caso de Salta, que lo nombra como comisionado legislativo¹⁹⁰.

¹⁸³ Rihar, Ultra Pradesch, Rajastham y Naarashtra.

¹⁸⁴ Regiones de Campiña, Lacio, Liguria, Lombardía, Toscana y Umbría.

¹⁸⁵ Ciudades de Asónion y La Haya.

¹⁸⁶ Estados de Alberta, Columbia Británica, Labrador, Minitoba, New Brunswick, Nova Scotia, Ontario, Québec, Saskatchewan, Terranove.

¹⁸⁷ Estados de Alaska, Arizona, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Columbia, Connecticut, Florida, Georgia, Hawaii, Illinois, Iowa, Kentucky, Montana, Nebraska, New Jersey, New México, Ohio, Oregon, Pensilvania, Utah, Virginia y en las Islas Vírgenes y Puerto Rico.

¹⁸⁸ Rheinlad-Pfalz.

¹⁸⁹ Algunas provincias han instituido la Defensoría por vía legislativa, por ejemplo Chubut (ley 4518/1999), Santa Fe (ley 10.396/1989) y Tierra del Fuego (ley 348/1999).

¹⁹⁰ Advértase que en la Constitución de Córdoba, si bien se sigue la denominación tradicional de defensor del pueblo, el precepto constitucional que lo regula también lo califica de "comisionado", lo que evidencia el rol de representante del Poder Legislativo provincial.

b) A nivel subprovincial

La institución ha sido acogida en los Partidos de Avellaneda, General Pueyrredón, La Matanza, La Plata, Pilar, Quilmes, Vicente López (provincia de Buenos Aires), Corral de Bustos-Ifflinger, Río Cuarto y Villa María (provincia de Córdoba), Corrientes (provincia de Corrientes), Paraná (provincia de Entre Ríos), Chilecito (provincia de La Rioja), Posadas (provincia de Misiones), Neuquén y Centenario (provincia de Neuquén), La Banda y Santiago del Estero (provincia de Santiago del Estero). El defensor de San Luis tiene, además, una sede en Villa Mercedes y la Defensoría de Santa Fe una defensoría adjunta para la zona norte y una sede en Rosario.

En este orden también ha recibido la denominación de Defensoría Ciudadana (La Matanza y La Plata), defensor del vecino (Centenario) o de los vecinos (ciudad de Corrientes) o auditor general de la ciudad (Villa María).

2. Caracterización y ubicación institucional

a) Caracterización institucional

Las constituciones más recientes¹⁹¹ lo caracterizan como un órgano unipersonal¹⁹² e independiente¹⁹³ con autonomía funcional¹⁹⁴ y autarquía financiera¹⁹⁵, que no recibe instrucciones de ninguna autoridad¹⁹⁶.

b) Ubicación institucional

Las constituciones provinciales le han asignado distintas ubicaciones dentro de su sistemática, a las que damos revista.

1. Vinculado al Poder Legislativo: dentro de sus atribuciones (Chaco, Salta y San Juan) o como capítulo de su título (Córdoba, Corrientes, Santiago del Estero).
2. Autónomo: como capítulo autónomo (San Luis, cuya Constitución se divide sólo en capítulos) o como parte separada de los poderes tradicionales (Formosa).
3. En la parte destinada a los órganos de control: Ciudad Autónoma de Buenos Aires (órganos de control); La Rioja (órganos de control y asesora-

¹⁹¹ Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996), Corrientes (2007), Neuquén (2006) y Tucumán (2006).

¹⁹² Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Tucumán.

¹⁹³ Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Tucumán. También lo califican como independiente, agregando que está instituido dentro del ámbito del Poder Legislativo, Corrientes, La Rioja, Neuquén y Santiago del Estero.

¹⁹⁴ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Corrientes, La Rioja y Tucumán.

¹⁹⁵ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Corrientes, Neuquén y Tucumán.

¹⁹⁶ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Corrientes, La Rioja, Santiago del Estero y Tucumán.

miento); Neuquén (órganos de defensa de los intereses del Estado y de control); Río Negro (órgano de control externo) y Tucumán (órganos de control).

3. Designación, requisitos, duración en el cargo, remoción

a) Designación

Al respecto, cabe examinar el procedimiento y la eventual exigencia de mayorías.

1. Siguiendo la lógica de concebirlo como un órgano que orbita alrededor del Poder Legislativo, en la mayoría de las constituciones provinciales se determina que es designado por la Legislatura (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chaco, Córdoba, Formosa, Neuquén, Río Negro, Santiago del Estero y Tucumán), con distintas alternativas en cuanto a las mayorías exigidas a tal fin.

La Constitución de San Luis, si bien no dispone expresamente que sea designado por la Legislatura, lo "crea en jurisdicción del Poder Legislativo", lo que condiciona la ley reglamentaria. La de San Juan se limita a señalar que es atribución del Legislativo crear la institución del defensor del pueblo. La Constitución de Salta es la única que establece que es facultativa la creación del instituto, derivando la cuestión a la ley reglamentaria, de decidirse su instauración.

El procedimiento de designación tiene significativa importancia. La doctrina advierte que si existe un procedimiento de designación que exija una mayoría significativamente agravada en el Legislativo, garantizando la real participación e influencia de las organizaciones de la sociedad civil, la realización de consultas y audiencias públicas, una amplia difusión por parte de los medios de comunicación, un importante grado de involucramiento social, etc., se aumenta la legitimación social de la institución y se incrementan las posibilidades de un mejor desempeño¹⁹⁷.

2. En cuanto las mayorías necesarias para la designación del Defensor del Pueblo, las constituciones provinciales prevén que se efectúe por parte de las Legislaturas con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros: Santiago del Estero y Tucumán; con el voto de tres quintos de la totalidad de sus miembros: Neuquén; con el voto de los dos tercios de los miembros presentes: La Rioja; con el voto de los dos tercios del total de sus miembros: la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chaco, Córdoba, Corrientes y Río Negro; no determina con

¹⁹⁷ Por ejemplo, la legislación reglamentaria del defensor del pueblo de la ciudad autónoma recepta estos principios disponiendo un profuso procedimiento para su designación, que incluye una previa y amplia publicidad por la que se invita a que los ciudadanos, por sí o través de organizaciones no gubernamentales, propongan postulantes, los que se inscriben en un registro público especial, teniendo luego que ser propuestos por algún legislador. Prevé una amplia difusión de la nómina de los candidatos y sus antecedentes curriculares, los que son puestos a disposición de la ciudadanía a los fines de la formulación de impugnaciones u observaciones que serán tratadas en audiencia pública. Posteriormente se celebra la sesión pública especialmente convocada a los efectos de la designación, la que debe ser aprobada con el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Legislatura.

qué mayoría Formosa; y, en concordancia con lo arriba expresado, tampoco lo hacen San Luis y San Juan.

Cuanto más severa sea la mayoría agravada, mayor será el grado de acuerdo y consenso exigido para la designación, con lo que se pretende contribuir a una mejor decisión respecto de la persona que debe ocupar el cargo y propender a una mayor autonomía e independencia de la figura, todo lo que va en el sentido de dotar a la institución de mayor legitimidad y aceptación social.

b) Requisitos de elegibilidad

Advertimos los siguientes sistemas.

1. Las constituciones de Chaco, Córdoba, Corrientes, La Rioja, Salta, San Juan, San Luis y Santiago del Estero dejan librada a la ley la determinación de los requisitos de elegibilidad.

Las provincias de Formosa, Río Negro, Tucumán y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires exigen los mismos requisitos que para ser legislador.

2. Un tema muy debatido en la doctrina es el referido a la conveniencia o no de que las constituciones o leyes reglamentarias establezcan como condición para poder desempeñar el cargo la de poseer ciertos títulos habilitantes o conocimientos especiales referidos a los temas o ámbitos en donde desarrolla habitualmente su actividad de control.

Algunos opinan que no es necesaria ni conveniente tal exigencia constitucional, habida cuenta de que consideran que lo más importante es: a) las condiciones de prestigio, de solvencia o autoridad moral que deben poseerse para ocupar el cargo, es decir la integralidad, honorabilidad, autoridad ética y moral e independencia que debe reconocerle la sociedad al defensor; b) que tal exigencia importaría una reducción de las ya las escasas personas que tiene ese reconocimiento popular imprescindible para ocupar el cargo; y c) que tales conocimientos, a veces en la práctica muy especializados, pueden ser cubiertos sin necesidad de condicionar técnicamente a quien vaya a desempeñar la función por vía de los defensores adjuntos, cuerpos de asesores y técnicos y personal en general de las defensorías, consultorías, colaboración, asistencia de las ONG especializadas, etc. A menudo esta posición se manifiesta cuando las únicas condiciones legalmente exigidas son precisamente las que se refieren a las cuestiones de integralidad moral o ética.

Otros sostienen lo contrario, que es conveniente que quien ocupe el cargo posea una idoneidad académica, científica, profesional o técnica en las cuestiones relacionadas con los temas o materias sobre las que normalmente recaen las funciones de vigilancia o fiscalización, estimando que ello coadyuva a un desempeño más eficaz de la función. En este caso, los conocimientos que normalmente se reclaman son los vinculados al derecho, especializados en derecho público, en general, o con posgrados, trayectoria, versación en derechos humanos, en particular, y estudios, conocimientos, experiencia o competencia en Administración Pública o gestión gubernamental.

Hay constituciones y legislaciones en el derecho comparado que expresamente exigen la concurrencia de requisitos morales y técnicos.

Ahora bien, las constituciones provinciales argentinas no establecen requisitos de carácter moral o técnico a poseer por parte de los defensores del pueblo, los que pueden ser establecidos por las legislaciones reglamentarias, por lo que la polémica queda derivada al ámbito legislativo.

c) Inhabilidades e incompatibilidades

Encontramos dos sistemas.

1. Les alcanzan las mismas de los jueces, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Tucumán.

2. Les comprenden las mismas de los legisladores, en Tucumán y Santiago del Estero ¹⁹⁸.

d) Duración en el cargo

Sobre este punto encontramos constituciones que determinan la extensión del mandato y otras que derivan la cuestión a la legislación reglamentaria; y dentro de las que determinan la duración, una postura ampliamente mayoritaria la fija en cinco años y sólo una la establece en cuatro. De esta forma:

1. Establecen una duración del mandato en cinco años la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Formosa, La Rioja, Neuquén, Río Negro, Tucumán. Establece una duración del mandato en cuatro años Santiago del Estero.

La determinación mayoritaria de un mandato de cinco años obedece a la pretensión de no hacerlo coincidente con los mandatos de los poderes políticos para evitar que el cargo sea renovado en forma conjunta con los cargos políticos electivos, como forma de contribuir a una mayor independencia funcional de la institución.

2. Difieren la cuestión a la ley: Chaco, Salta, San Juan y San Luis.

e) Reelección

En este tema las constituciones nos ofrecen variadas alternativas, a saber:

1. Puede ser reelecto o redesignado una sola vez: Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Santiago del Estero.

¹⁹⁸ La Constitución de Santiago del Estero agrega especialmente que tendrá expresamente prohibido la participación política partidaria desde el momento de su designación. Generalmente las legislaciones reglamentarias establecen que no podrá participar en actividades políticas, sindicales o gremiales, ni ejercer profesión o empleo, con excepción de la docencia e investigación; ni ejecutar acto alguno que comprometa la imparcialidad de sus funciones; debiendo cesar en un plazo determinado contado a partir de su designación en toda situación de incompatibilidad, entendiéndose que si así no lo hace, se tiene por no aceptado el nombramiento.

2. Puede ser designado en forma consecutiva una sola vez: Corrientes y Tucumán.

3. Puede ser reelecto sin limitaciones, en razón de que nada disponen en contrario, Córdoba y Formosa; y en función de habilitación expresa en ese sentido, La Rioja y Río Negro.

4. No puede ser reelecto: Neuquén.

5. Derivan la cuestión a la legislación reglamentaria: Chaco, Salta y San Juan.

f) Remoción

Respecto del procedimiento seguido para la remoción del defensor, tenemos constituciones que:

1. Disponen que sólo puede ser removido por las causales y procedimiento de juicio político: la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Formosa, Río Negro y Tucumán.

2. Disponen la remoción por la Legislatura: Neuquén, con el voto de los tres quintos (3/5) de la totalidad de sus miembros (siendo designado con la misma mayoría); Santiago del Estero, por las dos terceras partes de los integrantes de la Legislatura (siendo designado con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros).

3. Derivan la cuestión expresamente a la legislación reglamentaria: Chaco, Salta y San Juan. En tanto que en La Rioja el punto también queda para ser tratado por la ley por no estar incluido dentro de los sujetos pasibles de juicio político, ni establecerse ningún procedimiento ni mayoría del Legislativo para su remoción.

4. Inmунidades y privilegios

Las inmunidades y privilegios van en orden a procurar otorgar a los defensores del pueblo garantías que contribuyan a asegurar su independencia funcional.

En ese sentido, las constituciones normalmente les conceden las mismas inmunidades y privilegios que a los legisladores¹⁹⁹. Con ello se aseguran las inmunidades de opinión y arresto que, con distintas extensiones, tradicionalmente se les conceden a los legisladores.

Un grupo minoritario de constituciones nada dice al respecto, derivando la cuestión a la legislación²⁰⁰.

¹⁹⁹ Así lo hacen la ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Formosa, Neuquén, Río Negro, Santiago del Estero y Tucumán.

²⁰⁰ Chaco, La Rioja, Salta, San Juan y San Luis.

LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO EN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES

Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Tit. VII (Órganos de control), cap. 5, art. 137	1 defensor o defensora del pueblo	Adjuntos (en número determinado por ley)	Poder Legislativo con el voto de los 2/3 del total de sus miembros, en sesión especial y pública convocada al efecto. Iguales condiciones que para ser legislador	Dura 5 años, pudiendo ser redesignado una sola vez. Removido por juicio político.
Chaco	III (Poder Legislativo), cap. IV, art. 119, inc. 16		Designado por los 2/3 de los miembros de la Cámara de Diputados	Sujeto a juicio político	
Córdoba	2ª parte, Tit. I, secc. I (Poder Legislativo), cap. V, art. 124	Defensor del pueblo	Poder Legislativo con el voto de los 2/3 de sus miembros		Dura 5 años. Sólo puede ser separado por las causales y el procedimiento del juicio político
Corrientes	Tít. II, secc. I, cap. X, arts. 139 a 142		Poder Legislativo con el voto de los 2/3 del total de sus miembros		Dura 5 años, pudiendo ser redesignado consecutivamente una sola vez. Removido por juicio político
Formosa	4ª parte, cap. IV, art. 153	1 defensor del pueblo	Designado por igual procedimiento que los miembros del Tribunal Superior de Justicia	Iguales requisitos que los legisladores	Dura 5 años. Removido por las causales y el procedimiento del juicio político
La Rioja	Cap. IX (Órganos de fiscalización y asesoramiento), art. 144	Defensor del pueblo	Poder Legislativo con el voto de las 2/3 partes de los miembros presentes		Dura 5 años, pudiendo ser reelegidos
Neuquén	Parte III, Tít. VI (Órganos de defensa de los intereses del Estado y de contralor), cap. IV, art. 265	Defensor del pueblo	Poder Legislativo con el voto de los 3/5 de la totalidad de sus miembros (entre los postulantes previamente inscriptos)		Dura 5 años, no pudiendo ser redesignado
Río Negro	3ª parte, secc. III (Poder Legislativo), cap. VII, arts. 167 a 169	Defensor del pueblo	Poder Legislativo con el voto de los 2/3 de sus miembros	Iguales requisitos que los legisladores	Dura 5 años, pudiendo ser redesignado. Removido por las causales y el procedimiento del juicio político

Provincia	Sección	Composición	Designación	Requisitos	Duración y forma de remoción
Salta	II. 1ª parte (Poder Legislativo), cap. V, art. 127, inc. 15	Comisionado legislativo			
San Juan	IV (Poder Legislativo), cap. III, art. 150, inc. 21				
San Luis	Cap. XXIII, art. 235				
Santiago del Estero	Parte II, Tít. I (Poder Legislativo), cap. III, art. 141		Designado por la Cámara de Diputados con el voto de la mayoría absoluta de los miembros		Dura 4 años, pudiendo ser redesignado una sola vez. Removido por las 2/3 partes de la Cámara de Diputados
Tucumán	III (Poder Legislativo), cap. II (órganos de control), arts. 81 a 86	1 defensor o defensora del pueblo. Adjuntos (en número determinado por ley)	Poder Legislativo con el voto de la mayoría absoluta del total de los miembros en sesión especial y pública convocada al efecto	Iguales requisitos que los legisladores	Dura 5 años, pudiendo ser redesignado por un solo período consecutivo. Removido por juicio político

5. Funciones

Las constituciones provinciales encomiendan al defensor del pueblo diversas funciones ²⁰¹, de cuyo catálogo enunciamos como un común denomina-

²⁰¹ Ciudad Autónoma de Buenos Aires: defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y en la Constitución de la ciudad, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración o de prestadores de servicios públicos; Chaco: peticionar ante el Estado en interés de los habitantes de la provincia; Córdoba: defensa de los derechos colectivos o difusos; supervisión de la eficacia en la prestación de los servicios públicos y control de la aplicación en la administración de las leyes y demás disposiciones; Corrientes: promoción y protección de los derechos humanos y demás derechos e intereses de incidencia colectiva y difusos, tutelados por el ordenamiento jurídico, ante hechos, actos u omisiones de todo poder, ente u órgano público; el control del ejercicio de toda función administrativa, sin que resulte menester que medie afectación de derechos, y la supervisión de la eficacia en la prestación de los servicios públicos; Formosa: defensa de los derechos humanos colectivos y difusos, frente a los actos, hechos u omisiones de la Administración Pública provincial; supervisión de la eficacia en la prestación de los servicios públicos y control en la aplicación de las leyes y demás disposiciones; La Rioja: defensa de los derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución provincial y las leyes ante hechos, actos u omisiones de la Administración Pública provincial y municipal, de empresas públicas o privadas prestatarias de servicios públicos, o cuando por cualquier motivo se vean afectados los recursos naturales o se altere el normal desarrollo del medio ambiente humano; Neuquén: la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución de la provincia.

por las que consideramos que definen su campo competencial básico, sin perjuicio de otras sobre las que no nos extendemos ²⁰².

a) Función de control, investigación y supervisión

El defensor del pueblo tiene la función de controlar la aplicación de las leyes por parte de la Administración Pública y supervisar la eficacia en la prestación de los servicios públicos.

La finalidad es que en su actuar la Administración se ajuste a la legalidad y evitar que de su aplicación se deriven perjuicios a los administrados.

Ejerce un rol de control estatal de fiscalización de la legalidad, del mérito y de la eficacia del obrar administrativo ²⁰³.

b) Función de defensa de los derechos e intereses

En términos generales tiene a su cargo la defensa de todo tipo de derechos, garantías e intereses, siempre que pudieran resultar afectados por la acción u

y en la Constitución Nacional ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de toda función administrativa pública, sin que resulte menester que medie una afectación directa e inmediata de derechos fundamentales; Santiago del Estero: defensa y protección de manera excluyente de los derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la administración provincial; Río Negro: defensa de los derechos individuales y colectivos frente a actos, hechos u omisiones de la Administración Pública provincial; supervisar la eficacia en la prestación de los servicios públicos; Salta: peticionar ante la administración en interés de los habitantes de la provincia, en representación del Poder Legislativo; San Juan: defensa de los derechos consagrados en la Constitución provincial y de aquellos cuyo ejercicio, por tratarse de intereses difusos o colectivos, no pueden ser promovidos por persona o grupo de personas en forma individual; San Luis: proteger los derechos e intereses públicos de los ciudadanos y de la comunidad, frente a los actos, hechos u omisiones de la Administración Pública provincial, o sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente e inoportuno de sus funciones; teniendo asimismo, a su cargo la defensa de los intereses difusos o derechos colectivos que no pueda ser ejercida por persona o grupo en forma individual; Tucumán: defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución provincial, la Constitución Nacional, los tratados internacionales y las leyes, frente a los actos, hechos u omisiones de la Administración Pública provincial y municipal, o de prestadores de servicios públicos.

²⁰² En instituciones en plena expansión, como el defensor del pueblo, su quehacer es difuso, amplio y en constante crecimiento, resultando difícil su determinación precisa.

Se ha sostenido que una institución es lo que hace, es decir que su accionar concreto es lo que la define. En tal sentido las legislaciones reglamentarias establecen que sus actividades competenciales son las de defender, proteger, promover, fomentar, informar, inspeccionar, investigar, controlar, supervisar, cuestionar, advertir, discutir, disentir, sugerir, recomendar, recordar, exhortar, influir, persuadir, impedir, opinar, criticar, censurar, amonestar, solicitar, requerir, colaborar, participar, gestionar, asistir, coordinar, articular, acercar, mediar, acordar, convenir, reclamar, denunciar, accionar judicialmente, esclarecer, explicar, concientizar, educar, difundir, comunicar, publicitar, estudiar e investigar, entrevistar, encuestar, proyectar, programar, innovar, crear, etc.; y en definitiva realizar toda otra acción conducente al mejor ejercicio de sus funciones (derecho a los medios).

²⁰³ Edward "El defensor del pueblo...", cit., p. 556.

omisión de la Administración Pública en cualquiera de sus formas o de los prestadores de servicios públicos.

c) Función promocional de cambios

Como resultado de su actividad de control, investigación y defensa de los derechos fundamentales, se faculta al defensor del pueblo para sugerir la modificación de normas y procedimientos para evitar situaciones injustas o perjudiciales para los individuos o para el Estado, sea a las autoridades administrativas o al mismo Poder Legislativo ²⁰⁴.

6. Facultades

Para poder actualizar y realizar sus funciones, las constituciones y fundamentalmente las legislaciones reglamentarias le atribuyen una serie de facultades. Su análisis da cuenta de la actividad del defensor.

A los fines de su exposición, hemos procedido a clasificarlas en preventivas y reparadoras. Ambas clases son contempladas con distintos alcances en las constituciones y en las leyes.

Existen ordenamientos normativos que asignan la totalidad o buena parte de las facultades que a continuación enumeramos y otros que, por el contrario, las restringen sustancialmente al no contemplar atribuciones tales como la legitimación procesal, las facultades de investigación autónoma, la iniciativa legislativa, etc. ²⁰⁵.

a) Facultades preventivas

1. Solicitar vista de expedientes, informes, documentos, actuaciones, datos y todo elemento que estime útil a los efectos de la investigación, aun aquellos clasificados como secretos, sin violar tal carácter. Puede requerir de las autoridades públicas, en todos sus niveles, la información necesaria para el mejor ejercicio de sus funciones sin que pueda oponérsele reserva alguna ²⁰⁶.

2. Solicitar informes.

3. Instar a la Administración para que realice las investigaciones conducentes al esclarecimiento de los hechos que motivan su actuación, fijando los

²⁰⁴ LUNA, Eduardo, "El defensor del pueblo...", cit., p. 557.

²⁰⁵ Un ejemplo de facultades restrictivas es la normativa cordobesa, en tanto que de facultades amplias, la legislación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La legislación cordobesa no contempla la legitimación procesal, las facultades de investigación autónomas, ni la iniciativa legislativa, llegando a prohibir el examen de criterios de oportunidad y conveniencia.

²⁰⁶ En ese sentido, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone que el defensor del pueblo puede requerir de las autoridades públicas en todos sus niveles la información necesaria para el mejor ejercicio de sus funciones sin que pueda oponérsele reserva alguna.

lineamientos que deberán tenerse en cuenta para su la realización, con derecho a informarse sobre su marcha.

4. Realizar inspecciones a oficinas, archivos y registros de los entes y organismos bajo su control.

5. Solicitar la comparecencia personal de los presuntos responsables, testigos, denunciantes y de cualquier particular o funcionario que pueda proporcionar información sobre los hechos o asuntos que se investigan.

6. Ordenar la realización de estudios, pericias y la producción de toda medida probatoria conducente al esclarecimiento de la investigación.

7. Fijar los plazos para la remisión de informes y antecedentes y para la realización de diligencias.

8. Requerir la intervención de la justicia para obtener la remisión de la documentación que le hubiere sido denegada.

9. Requerir el auxilio de la fuerza pública para el desempeño de su labor de investigación.

10. Proponer la modificación o sustitución de normas y criterios administrativos.

11. Asistir a las comisiones y sesiones de la Legislatura, en las cuestiones relativas a su incumbencia, con voz pero sin derecho a voto.

12. Ejercer la iniciativa legislativa.

13. Realizar toda otra acción conducente al mejor ejercicio de sus funciones.

Como correlato, la Administración, en cualquiera de sus formas, y sus agentes están obligados a prestarle colaboración para el correcto desempeño de sus tareas. Ante la negativa o negligencia en el cumplimiento de lo solicitado, el defensor del pueblo comunicará lo acontecido a la Legislatura, al organismo pertinente, al funcionario jerárquico que corresponda y aun a la justicia, según su criterio.

b) Facultades reparadoras

Si del resultado del ejercicio de sus funciones el defensor del pueblo llegase al convencimiento de que el cumplimiento de una norma resulta perjudicial para el administrado o provoca situaciones injustas, las legislaciones establecen distintas alternativas competenciales para dejar sin efecto la norma o revertir la situación.

En ese orden, el defensor del pueblo puede: 1) sugerir al Poder Legislativo o a la Administración la modificación o sustitución de la norma o criterios utilizados para la producción de actos administrativos y resoluciones; 2) formular a las autoridades y funcionarios, advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas ²⁰⁷; 3) instar a las autoridades administrativas el ejercicio de sus potestades

²⁰⁷ En estos supuestos, los funcionarios o responsables deberán informar al defensor del

de inspección y de sanción, cuando sus actuaciones se hubieren provocado con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de acto administrativo habilitante; 4) ejercer iniciativa legislativa a los fines de procurar la modificación de la norma en cuestión ²⁰⁸; 5) accionar ante la justicia con la finalidad de obtener la protección de los derechos fundamentales que pudieren verse conculcados por el accionar del Estado. Por la importancia que reviste esta última facultad, la examinaremos separadamente.

c) La legitimación para actuar en juicio

Del análisis de las facultades del defensor del pueblo surge como un corolario que para hacer realmente efectivo su accionar es necesario que las normas le reconozcan legitimidad procesal para actuar ante los estrados de la justicia. A su vez, en el ámbito del derecho público provincial encontramos distintas posturas con relación a las facultades del defensor del pueblo en orden a su legitimación procesal. A los fines del análisis, distinguimos la cuestión a nivel constitucional y legal.

1. Respecto de la legitimación procesal encontramos a nivel constitucional sistemas que:

— Otorgan legitimación para actuar en juicio las constituciones de la Ciudad de Buenos Aires, Corrientes, Formosa, San Luis y Santiago del Estero. También lo hacen las constituciones de La Rioja, Corrientes, Neuquén, San Juan y Tucumán, las que además establecen precisiones dignas de destacar. La Rioja establece que tendrá legitimación procesal únicamente en los casos en que la ley especial determine. Corrientes indica que puede actuar en sede judicial o administrativa frente a todo acto u omisión de autoridad pública que comprometa actual o potencialmente intereses de incidencia colectiva, en tanto que Neuquén dispone que puede actuar ante la Administración y accionar judicialmente frente a todo acto u omisión de autoridad pública que agreda, actual o potencialmente, algún derecho subjetivo público. San Juan señala que debe defender los derechos consagrados en la Constitución provincial y aquellos cuyo ejercicio, por tratarse de intereses difusos o derechos colectivos, no pueden ser promovidos por persona o grupo de personas en forma individual, y que en el ejercicio de la acción de amparo por amenazas o violación de tales derechos o intereses tiene participación necesaria y representación conjunta con los interesados. Tucumán indica que en materia de su competencia tiene legitimación procesal amplia y que su actuación en los procesos que intervenga estará exenta

pueblo si decidieron no aceptar sus sugerencias, recomendaciones, advertencias, recordatorios o instancias, consignando las razones que informan su decisión. Si no obtiene respuesta, el defensor del pueblo incluye expresamente el asunto en los informes que produzca.

²⁰⁸ Otorgan iniciativa legislativa al defensor del pueblo las constituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Corrientes; esta última prevé la facultad de "Requerir al Poder a todo poder, ente u órgano provincial reformas legales, quienes tienen el deber de considerarla".

del pago de cualquier impuesto o tributo, de fianzas o cauciones y de depósitos como condición de procedibilidad para cualquier trámite o recurso.

— No disponen nada al respecto las constituciones de Chaco, Córdoba, Río Negro y Salta. Al no existir en las constituciones ninguna prohibición a esa facultad las leyes reglamentarias podrán otorgar esa atribución.

2. En tanto que a nivel legal, observamos que existen ordenamientos que:

— le otorgan legitimación procesal amplia ²⁰⁹;

— le otorgan legitimación procesal activa para interponer únicamente la acción de amparo, o ²¹⁰

— le niegan legitimación procesal ²¹¹.

7. Formas y procedimientos de actuación

Son las leyes reglamentarias las que establecen el procedimiento de actuación de las Defensorías del Pueblo. Para concluir la visión panorámica de la institución, estimamos conveniente realizar una síntesis de las disposiciones que generalmente regulan su accionar.

a) Principios de procedimiento

Algunas constituciones disponen que las actuaciones del defensor del pueblo se regirán por los principios de informalismo, gratuidad, impulsión de oficio, sumariedad y accesibilidad (Formosa y Río Negro). Las legislaciones reglamentarias, en términos generales, recogen estos principios e incluyen otros tales como: imparcialidad, celeridad, confidencialidad, publicidad, pronunciamiento obligatorio, entre otros ²¹². Los reglamentos internos pueden receptarlos y ampliarlos.

²⁰⁹ Por ej., la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 137, Estatuto Organizativo y art. 13, inc. h), ley 3), la provincia de Formosa (art. 9°, inc. c), ley 1065) y la provincia de Río Negro (art. 9°, inc. b), ley 2756).

²¹⁰ Por ej., la provincia de Santa Fe (art. 24, ley 10.296) y la provincia de San Juan (art. 1°, ley 5765).

²¹¹ Por ej., la provincia de Córdoba. La ley reglamentaria cordobesa 7741, en su art. 16, dispone que en ningún caso el defensor del pueblo podrá requerir decisiones de los tribunales de justicia. En consonancia con esta norma, el Superior Tribunal de Justicia ha sostenido que si bien la Constitución le ha encomendado la defensa de los intereses colectivos o difusos, el defensor tiene una competencia limitada a lo expresamente facultado por la ley, careciendo de una legitimación efectiva para estar en juicio en su defensa (casos "González y otro v. Pérez" y "Molina Herrera, Adonis Ramón", ambos del 21/11/1996 y "Bustos Argañaraz" del 23/4/1997). La ley 9122 lo faculta a constituirse en querrelante particular en las causas en materia penal económica y anticorrupción administrativa. La doctrina, con múltiples argumentos, así como numerosos proyectos legislativos han propuesto asignar una legitimación procesal amplia al defensor del pueblo provincial, sin éxito hasta el momento.

Es dable recordar que en Córdoba tampoco tiene reconocidas facultades investigativas autónomas.

Por ejemplo, ley 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

b) Inicio de actuaciones

El defensor del pueblo puede iniciar o continuar de oficio o a pedido de parte ²¹³ interesada ²¹⁴ todas las actuaciones que hagan al ejercicio de sus funciones.

c) Quejas, denuncias y reclamos

En principio, el defensor del pueblo debe dar trámite a todas las quejas, denuncias o reclamos que se le efectúen y sólo excepcionalmente podrá desestimar la denuncia o la queja cuando advierta mala fe, carencia o trivialidad del fundamento, o que el asunto no fuera de su competencia, o cuando hubiere operado el tiempo que la legislación determina para la prescripción ²¹⁵, o se tratara de asuntos ya juzgados. Ninguno de estos supuestos impide la investigación de los problemas generales planteados. Cuando el defensor detecte fallas sistémicas o generales de la Administración, debe dar intervención al órgano de control que corresponda, sin perjuicio de poder continuar su actuación. Las decisiones sobre la admisibilidad de las quejas presentadas son irrecurribles.

La presentación de queja o denuncia ante el defensor del pueblo no interrumpe los plazos previstos para la interposición de recursos administrativos o acciones judiciales ²¹⁶, por lo que se les deberá informar a los interesados de tal circunstancia en resguardo de sus derechos.

d) Deberes de información y comunicación

Las legislaciones imponen al defensor el deber de comunicar al peticionante el curso que dio a su queja, denuncia o reclamo, el resultado de sus investigaciones y gestiones y la respuesta que hubiese dado el organismo o funcionario implicados ²¹⁷. Asimismo, en los casos que corresponda, debe

²¹³ Las actuaciones no están sujetas a formalidad alguna. Pueden ser escritas u orales, en cuyo caso se labrará un acta. Son gratuitas para el interesado y no requieren patrocinio letrado. Se prohíben las actuaciones de gestores e intermediarios.

²¹⁴ En caso de recibirse denuncia o queja anónima, sólo se le debe dar curso si se verifica la verosimilitud de los hechos denunciados. Existen legislaciones que establecen que el quejoso puede pedir que su reclamo sea confidencial o su identidad reservada. La reserva o secreto deberá disponerse cuando ello favorezca el esclarecimiento o la determinación de los hechos investigados.

²¹⁵ Generalmente fijado en un año desde que el hecho, acto u omisión que motiva la queja se hubiere producido o hubiere tomado conocimiento el interesado.

²¹⁶ Teniendo en cuenta que las presentaciones ante el defensor no revisten obligatoriedad.

²¹⁷ Salvo que por su naturaleza sea considerado secreto.

poner en conocimiento del órgano de control pertinente los resultados de sus investigaciones.

e) Medidas y acciones

Con motivo de sus actuaciones, el defensor del pueblo puede formular advertencias, recomendaciones, recordatorios de los deberes de los funcionarios y propuestas para la adopción de nuevas medidas.

Las recomendaciones no son vinculantes, carecen de coactividad, es decir no pueden modificar, sustituir o dejar sin efecto decisiones administrativas, pero si dentro del plazo fijado la autoridad administrativa afectada no produce una medida adecuada, o no informa las razones que estime para no adoptarla, el defensor puede: a) poner en conocimiento de la máxima autoridad del área o de la entidad, los antecedentes del asunto y las recomendaciones propuestas; b) si tiene reconocida legitimación activa, interponer las acciones correspondientes ante el Poder Judicial; c) si tiene reconocida iniciativa legislativa, ejercerla con aquellos fines.

Sin perjuicio de hacer uso de las facultades mencionadas, si pese a sus requerimientos no obtiene una justificación adecuada de la autoridad administrativa, debe incluir tal asunto en su informe anual o especial a la Legislatura, con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud.

f) Informes

El defensor del pueblo rinde cuentas ante la Legislatura de sus actuaciones mediante dos tipos de informes:

1. Uno anual u ordinario, de carácter obligatorio, que normalmente se presenta al principio de cada año parlamentario ²¹⁸.

2. Otros, especiales o extraordinarios, de naturaleza facultativa, que pueden ser presentados en cualquier oportunidad en que se considere que las circunstancias así lo ameritan en forma voluntaria o cuando lo requiera la Legislatura o cualquiera de sus miembros.

Los informes son públicos ²¹⁹ y deben ser enviados al Poder Ejecutivo para su conocimiento ²²⁰.

²¹⁸ El informe anual debe contener el número y tipo de quejas presentadas, de aquellas que hubiesen sido rechazadas y sus causas, de las que fueron objeto de investigación, de las medidas adoptadas para su resolución y de su resultado. En el informe no deben constar datos personales que permitan la pública identificación de los quejosos.

²¹⁹ Hay legislaciones que exigen la publicación del informe ordinario en el Boletín Oficial.

²²⁰ La publicidad de sus actuaciones se completa con la obligación de informar a los interesados del resultado de sus intervenciones y con la facultad de hacer conocer a la opinión pública las conclusiones de sus acciones.



QUINTA PARTE
Órganos auxiliares

I. CONSEJOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

1. Principios generales

a) Caracterización

Se ha sostenido que los consejos económicos sociales *surgen* ante la crisis de las formas de representación partidaria y su insuficiencia para resolver los conflictos sociales, proponiéndose contribuir a la gobernabilidad y superar las crisis de consenso.

Así, el modelo propio de la democracia liberal, en el que los partidos políticos recogen la pluralidad social y mediante elecciones competitivas constituyen la representación política encargada de resolver los conflictos sociales, es complementado por la agregación de las sociedades intermedias, que también reflejan esa pluralidad y a través de participaciones no electorales constituyen la representación de intereses que contribuye a procesar demandas y conflictos sociales para su resolución ²²¹.

b) Misiones

Sobre la base de esta idea se conceptualizaron las funciones originarias de los consejos económicos y sociales como *órganos de consulta y asesoramiento* de los poderes públicos en materia económica y social.

Ahora bien, a estas funciones tradicionales, que fueron las receptadas en el orden nacional, con el transcurso del tiempo algunas constituciones y legislaciones provinciales le adicionaron otras.

Este proceso se inicia en la década del cincuenta, cuando comienzan a adquirir fuerza las concepciones que depositaban en el instrumento de la *planificación* grandes esperanzas de transformación social y económica.

En función de estas teorías es que constituciones provinciales que se sancionaron a partir del año 1957 (Santa Cruz, Chubut, Neuquén y Chaco) empezaron a aceptar consejos asesores para ponerlos al servicio del planeamiento estatal.

La planificación en boga a fines de los cincuenta y los sesenta era de tipo racional (con un alto nivel de abstracción teórica), deductiva (concebida desde lo general), neutra (pretendidamente instrumental, desconectada de los valores democráticos), técnica (formulada principalmente por tecnócratas), vertical (diseñada e implementada desde la autoridad), fuertemente centralizada (establecida desde el poder político, sin participación ciudadana), poco flexible (a

²²¹ SEGOVIA, Juan F., "Los consejos económicos sociales en el derecho público provincial. ¿Un capítulo neo corporativista en las provincias?", en ÁBALOS, María G. (coord.), *Derecho público provincial y municipal*, vol. II, La Ley, 1994, p. 44.

los actores y cambios sociales) y basada en la idea de unidad de acción, en donde la actuación del Estado era la preponderante. Aun con estas características se reconocía la necesidad de la participación de los sectores interesados, no tanto en el diseño y la formulación sino principalmente en su implementación.

Los intentos de planeamiento con estas características tuvieron escasos resultados, lo que sin duda influyó en la consideración hacia de los consejos, al punto de sostenerse "que la colaboración activa de los consejos en la planificación estatal en materia económica, laboral y social (...) ha sido el factor principal de su fracaso" ²²².

A partir de los años ochenta, y fundamentalmente durante los noventa, aparecen nuevas formas de pensar el planeamiento como un instrumento de *concertación* para el desarrollo.

Actualmente, la planificación se presenta como *estratégica*. Se dice de ella que contiene una visión del futuro posible y deseable sobre la base de la realización de unos objetivos concretos consensuados por parte de instituciones con competencias y recursos para alcanzarlos y atractivos para los ciudadanos a fin de que se movilicen y ayuden a lograrlos.

La planificación estratégica asume las características de ser concreta (formulada teniendo en cuenta fortalezas y debilidades, oportunidades y amenazas), inductiva (diagnosticada y construida desde las particularidades de la realidad), valorativa (compenetrada con el ideario democrático), participativa (definida por el consenso de los actores públicos y privados), horizontal (fruto de la concertación), descentralizada (construida de abajo hacia arriba), flexible (a los cambios que se operen durante su implementación) y basada en el accionar sinérgico del sector público y privado.

Bajo esta nueva visión, más acorde con la naturaleza representativa de los consejos que con las exigencias técnicas requeridas a sus integrantes para operar el antiguo modelo planificador, tanto en las provincias en las que sus constituciones que contemplaban consejos como en las nuevas que los incorporaron, se los convoca como actores privilegiados para participar en los procesos de programación estratégica ²²³ y en la formulación y sostenimiento de políticas de Estado ²²⁴.

²²² Segovia agrega que ello se debió a que los consejos económico sociales habían ido adquiriendo un carácter híbrido, entrado en conflicto su naturaleza representativa con la exigencia de la capacidad técnica indispensable para planificar (2004, p. 229). Sostiene que hay que reconocerles solamente funciones de asesoramiento y consulta, y no ejecutivas ni de planificación, cuidando de institucionalizarlos como organismos no competitivos con los poderes legislativos (SEGOVIA, Juan F., "Los consejos económicos...", cit., p. 252).

²²³ La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires recoge expresamente esta tendencia al disponer que "El Consejo de Planeamiento Estratégico, de carácter consultivo, con iniciativa legislativa, presidido por el jefe de gobierno e integrado por las instituciones y organizaciones sociales representativas, del trabajo, la producción, religiosas, culturales, educativas y los partidos políticos, articula su interacción con la sociedad civil, a fin de proponer periódicamente planes estratégicos consensuados que ofrezcan fundamentos para las políticas de Estado, expresando los denominadores comunes del conjunto de la sociedad".

Así, la Constitución de Corrientes establece que el Estado define las políticas públicas

c) *Fundamentos*

Al margen de las justificaciones ideológicas, teóricas, históricas y empíricas de esta figura, su existencia en la actualidad se explica por la posibilidad de satisfacer dos tipos de finalidades:

c.1. *Finalidades políticas*

Permiten institucionalizar los grupos de presión, incorporándolos al juego institucional y atenuando posibles comportamientos antisistémicos.

Así, se ha sostenido que existe la convicción de que los grupos de presión son indispensables para una democracia moderna y, paralelamente, la sospecha de que pudieran abusar de su poder. Esta situación paradójica ha llevado a muchos países a intentar controlar sus actividades, como puede ser la legislación norteamericana regulatoria de los *lobby*, o bien a integrarlos al proceso decisorio como órganos de consulta ²²⁵.

Con esta última lógica se postula que permiten ensanchar los canales representación y participación social propios del constitucionalismo liberal, admitiendo la representación de grupos de interés ²²⁶ como forma de hacer más participativa y social la democracia, y de generar una forma alternativa o complementaria en la resolución de conflictos y construcción de consensos ²²⁷, mediante la agregación, articulación e integración de intereses, en un ámbito institucionalizado de concertación, de manera compatible con el sistema de representación política (partidaria) propia de la democracia liberal ²²⁸.

vinculadas al crecimiento económico y desarrollo que, consensuadas con el Consejo de Crecimiento Económico y Desarrollo Social, se constituyen en políticas del Estado que permanecen en el tiempo hasta su eventual modificación por la misma vía.

²²⁵ CARRIÓ, Elisa M., *Convención Nacional Constituyente. Proyectos ingresados*, t. II, Santa Fe-Paraná, 1994, p. 263.

²²⁶ Se ha sostenido, respecto de la actitud a asumir frente a los grupos de presión, que no puede obrarse como si no existieran, no actuaran, o peor aún no tuvieran peso. No puede tampoco estarse a la confrontación sistemática con ellos desde los cuerpos representativos; por lo que la solución es, incrementando los niveles de participación de las entidades intermedias, crear un mecanismo para contribuir al funcionamiento armónico e integrado que la sociedad y el Estado requieren en estos tiempos. Por este mecanismo se procura que los cuerpos representativos del gobierno compartan parte del poder con las entidades intermedias y que éstas se autolimiten al nivel consultivo en el proceso de toma de las decisiones, fortaleciendo y consolidando integralmente el sistema (PERETTE, Pedro y otros, *Convención Nacional Constituyente. Proyectos ingresados*, t. II, Santa Fe-Paraná, 1994, p. 574).

²²⁷ Originariamente en las democracias representativas éstas eran tareas encomendadas exclusivamente a los órganos legislativos como exponentes de la representación popular, visión propia de los constitucionalismos clásicos.

²²⁸ Sin dejar de reconocer una eventual competencia entre los consejos y los órganos legislativos, que se resolverá de distintas formas en los casos concretos.

c.2. *Finalidades económicas-sociales* ²²⁹

Originariamente, como todo instituto propio del constitucionalismo social, pretendieron inicialmente coadyuvar a corregir los excesos de liberalismo económico y, luego, a racionalizar y concertar democráticamente la producción y distribución de los bienes materiales y servicios, haciendo participar a los sectores de la producción en la dirección y responsabilidad de las decisiones económicas y sociales ²³⁰.

En la actualidad, como lo expresáramos, existe una tendencia a asignarles funciones en materia de planificación, añadiendo a sus cometidos habituales ²³¹ el de colaborar en forma activa en la planificación estratégica, fundamentalmente en materia económica, laboral y social.

d) *Antecedentes*

Tanto en el derecho extranjero como en el nacional los consejos económicos y sociales se inscriben en el marco del movimiento del constitucionalismo social.

a) En el derecho continental europeo ²³² inicialmente lo receptaron países como Alemania ²³³, Francia ²³⁴ e Italia ²³⁵. Tuvieron fuerte impulso en la posguerra bajo la necesidad de la reconstrucción económica y de la paz social. Fueron acogidos en Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Austria, Irlanda, España, República Checa, Portugal, Grecia, Finlandia, Rumania, entre otros estados. En América Latina, Brasil lo incorporó a su Constitución en 1946, camino que siguieron otros países de la región.

²²⁹ El propio nombre asignado a estos consejos indica la prioridad de los propósitos económicos sociales en su creación (SEGOVIA, Juan F., "Los consejos económicos...", cit., p. 229).

²³⁰ SEGOVIA, Juan F., "Los consejos económicos...", cit., p. 229.

²³¹ De consulta o asesoramiento de los órganos de gobierno.

²³² En el siglo XIX, la Constitución de Prusia de 1850 había receptado la institución.

²³³ La Constitución de Weimar de 1919 hace referencia al Consejo Económico Provisional del Reich, como organismo consultivo con representación de las organizaciones obreras y patronales. Fue la primera en constitucionalizar el organismo. El Consejo, creado por ley en 1920, fue disuelto por el nazismo en 1933 al asumir el poder.

²³⁴ En Francia el Consejo Económico y Social fue creado por ley en 1925, alcanzando jerarquía constitucional con la Constitución de la IV República Francesa (1946), estatus que mantuvo en la Constitución de la V República (1958) como un organismo consultivo del Parlamento y del gobierno. Se reconoce como un primer antecedente la instauración en 1894 de un Consejo Superior del Trabajo como organismo asesor del ministro de comercio, el que tuvo gran influencia en la formulación de la legislación socio-laboral de la época.

²³⁵ La Constitución de 1947 previó la conformación del Consejo Nacional de la Economía y del Trabajo, el que se organizó recién en 1957, sumando a las funciones de órgano consultivo del parlamento y del gobierno la iniciativa legislativa en las materias de su competencia e incluyendo en su seno a técnicos y expertos.

En el sistema internacional encontramos el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, el Comité Económico y Social de la Unión Europea, el Consejo Interamericano Económico y Social, el Foro Consultivo Económico y Social del Mercosur, entre otros.

Es dable destacar que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) promueve, a través de su filosofía y de acciones políticas y por medio de los convenios internacionales del trabajo, la formación de los consejos económico sociales y de otras modalidades de negociación social ²³⁶.

b) A nivel nacional, a partir de 1944, con la experiencia del Consejo Nacional de Posguerra, se ha intentado en diversas oportunidades ²³⁷ utilizar la institución como mecanismo de agregación e integración de intereses sectoriales, con escasos resultados y sin lograr su incorporación estable al sistema institucional argentino ²³⁸.

La ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional del año 1994 dejó abierta la posibilidad de que se introdujera en la Constitución Nacional ²³⁹, pero la Convención Constituyente, pese a tal autorización, no lo incorporó.

e) Modelos

Dentro de los consejos económicos y sociales del derecho comparado podemos distinguir los siguientes modelos:

²³⁶ ROULET, Elva, *Convención Nacional Constituyente. Proyectos ingresados*, t. II, Santa Fe-Paraná, 1994, p. 216.

²³⁷ Al Consejo Nacional de Posguerra le sucedieron el Consejo Económico y Social (1946), el Consejo Nacional de Cooperación Económica (1949), el Consejo Nacional de Precios y Salarios (1952), la Comisión Económica Consultiva (1953), la Comisión Asesora Honoraria de Economía y Finanzas (1956), el Consejo de Administración del Fondo de Restablecimiento Económico, el Consejo Nacional de Precios y Abastecimiento (1957), el Instituto Nacional de la Productividad y Consejo Económico y Social (1957); el Consejo Nacional de Desarrollo (1961), el Consejo Nacional de Abastecimiento y Consejo Nacional del Salario Vital, Mínimo y Móvil (1964); el Consejo Nacional Asesor de Precios y Salarios (1969), la Comisión Nacional de Precios y Comisión Técnica Asesora de Política Salarial del Sector Público (1970), el Consejo Nacional Económico y Social (1972), el "Pacto Social" (1973), la Mesa de Concertación (1984), la Conferencia Económica y Social (1985), la Mesa por el "Diálogo Argentino" (2002).

²³⁸ En términos generales, las experiencias nacionales de consejos económicos sociales tuvieron vida efímera y escasos resultados. La mayoría fueron instituidos como instancias de consulta y asesoramiento y rara vez se le asignaron otros cometidos. Funcionaron bajo la dependencia del Poder Ejecutivo, sin subordinación al Legislativo. Sus integrantes eran designados directamente por el Poder Ejecutivo a título personal, o éste elegía a los representantes propuestos por los organismos gremiales. En general, fueron órganos tripartitos, con intervención de los sectores del trabajo, de la producción y del Estado, en forma paritaria, y en algunos casos integraron a otros sectores (por ejemplo periodistas y expertos en economía, amas de casa y padres de familia). Por múltiples razones, la mayoría de las experiencias nacionales fracasaron.

²³⁹ Se presentaron 52 proyectos de creación, los que fueron firmados por un total de 94 convencionales.

El modelo *paritario o bipartito belga*, que privilegia la representación por partes iguales de los dos sectores básicos del proceso productivo: trabajadores y empresarios, bajo la presidencia o coordinación de algún funcionario estatal.

El modelo *tripartito holandés*, que añade y asigna una representación más o menos significativa al Estado —a través de funcionarios de su administración central, descentralizada y de sus empresas— juntamente con la representación de los sectores del trabajo y del empresariado.

El modelo *pluripartito o multipartito francés*, que combina la representación de los diversos sectores de la sociedad actuantes en el campo socioeconómico, como también en el ámbito sociopolítico, cultural y estatal.

El modelo pluripartito, multipartito o mixto es el seguido predominantemente en el derecho público provincial argentino.

Sus defensores sostienen que al otorgar representación a los más vastos sectores de la sociedad, se convierte en un reflejo de ella, privilegia la participación de sectores habitualmente poco representados, impide el predominio de tinte corporativo de los sectores de capital y trabajo, y conforma un órgano democrático, flexible, una verdadera asamblea socioeconómica, un foro de diálogo institucional y permanente, constructor de consensos imprescindibles para planificar el futuro ²⁴⁰.

2. Recepción en el derecho público provincial

a) Recepción normativa

a) Las provincias receptaron consejos económicos y sociales a partir de la década de 1950, bajo el influjo del constitucionalismo social.

Existen antecedentes de consejos o comisiones asesoras en materia de planificación para el desarrollo económico social en las constituciones dictadas en 1957 en Santa Cruz ²⁴¹, Neuquén ²⁴², Chubut ²⁴³ y en la del Chaco ²⁴⁴ de 1958.

b) El primer Consejo Económico y Social, con esa denominación, fue el consagrado por la Constitución de Catamarca ²⁴⁵ de 1966.

²⁴⁰ BINNER, Hermes y otros, *Proyecto de Ley de Creación del Consejo Económico, Social y Político*, expte. 3304-D-2006, Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

²⁴¹ La Constitución de Santa Cruz de 1957 previó la creación de "comisiones asesoras permanentes" multipartitas a fines de colaborar en el cumplimiento de objetivos de bienestar general y asesorar en la sanción de las leyes que afecten la economía de la colectividad.

²⁴² La Constitución de Neuquén de 1957 coloca la planificación provincial bajo la responsabilidad de un "Consejo de Planificación" de carácter pluripartito.

²⁴³ La Constitución de Chubut de 1957 señala a la planificación como resultante de la participación social de las organizaciones sociales. El Estado deberá formular "planes generales para el desarrollo económico" con intervención de representantes de distintos sectores de la sociedad. al tiempo que "la Ley de Planeamiento Provincial" fijará los programas para el desarrollo "con la participación activa de todos los grupos sociales y económicos".

²⁴⁴ La Constitución de Chaco de 1958 autoriza, en materia económica, a la creación de organismos que integren a representantes de los grupos sociales.

c) Su expansión en el derecho público provincial se dio con el ciclo constituyente provincial abierto en el año 1986. Actualmente receptan consejos las constituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Córdoba, Corrientes, Formosa, La Pampa, La Rioja, Misiones, Neuquén, Santiago del Estero, Salta, Santa Cruz y Tierra del Fuego. El Estatuto Organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prevé la formación de un Consejo de Planeamiento Estratégico; también le asigna a su Consejo funciones de planificación estratégica la Constitución de Corrientes.

En términos generales, las regulaciones constitucionales son concisas, limitándose a señalar los lineamientos básicos de la institución o a disponer su creación, delegando a una ley reglamentaria la determinación precisa de su composición, integración, funcionamiento, competencia y atribuciones.

b) Ubicación institucional

Respecto del emplazamiento institucional, existen algunas constituciones que establecen la dependencia funcional del Poder Ejecutivo y otras que difieren a la legislación la cuestión. Así tenemos consejos con:

- a) dependencia funcional del Poder Ejecutivo: La Rioja y Catamarca.
- b) sin dependencia funcional: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chaco, Corrientes, Salta, Misiones, La Pampa, Formosa, Neuquén y Tierra del Fuego, que dejan abierta la cuestión a la legislación reglamentaria y regulan la figura en los capítulos relativos al ordenamiento de la economía. Córdoba no define en la Constitución la dependencia funcional, pero es la única que la prevé dentro de la sección correspondiente al Poder Legislativo ²⁴⁶.

c) Composición e integración

En el marco del derecho público provincial, los consejos económicos sociales han sido receptados con modalidades muy diversas, por lo que es muy difícil reconducirlos en muchos aspectos a modelos comunes. Sin perjuicio de ello, intentaremos un esfuerzo clasificatorio de acuerdo con algunos aspectos salientes.

el Consejo Económico Social y que éste se expedirá en todo proyecto de ley de materia económica y social iniciado por el Ejecutivo o de las leyes que el Legislativo apruebe en la materia, antes de que el gobernador ejercite el derecho a veto. También establece el asesoramiento al Ejecutivo por parte de "los demás consejos provinciales o regionales" que se instituyan y, por último, institucionaliza la participación de los usuarios en el control de los servicios públicos y la creación de comisiones o juntas para la fijación de precios de productos y de tasas y tarifas de los servicios públicos con representación de consumidores y usuarios.

²⁴⁶ La ubicación en la sistemática constitucional no fue tenida en cuenta a la hora de reglamentar la institución, ya que la ley reglamentaria de Córdoba (7763) dispone que es presidido por el gobernador, quien podrá delegar esa función en alguna de sus ministros.

- a) Desde el punto de vista de su tipología, encontramos dos modelos:
 1. Consejos de corte ampliamente representativos, sin participación estatal y con naturaleza consultiva.
 2. Consejos de carácter técnico representativo, con participación del Estado provincial y funciones de planificación para el desarrollo económico y social ²⁴⁷.

b) En materia de integración de los consejos económicos y sociales, podemos señalar como tendencias básicas las siguientes:

1. En general, hay una tendencia a constituir consejos con amplio carácter representativo, que exceden lo económico y social, ya sea que así lo determinen las constituciones: a) de manera expresa, o b) en forma implícita, dado el carácter genérico de los términos utilizados.

En la primera categoría tenemos las constituciones de la ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Formosa, La Pampa, Neuquén, Salta, Santiago del Estero y Tierra del Fuego ²⁴⁸.

En la segunda, se encuadran las constituciones de Catamarca ²⁴⁹, La Rioja ²⁵⁰ y Misiones ²⁵¹.

2. Como regla no se ha dispuesto expresamente la participación del sector público ²⁵², sin perjuicio de que, si la definición constitucional lo permite, la ley reglamentaria pueda hacerlo.

3. En general, las constituciones no han garantizado un carácter paritario de las representaciones de los sectores productivos y del trabajo ²⁵³, sin perjuicio de lo que pueda establecerse en la reglamentación.

4. Como regla, las constituciones no expresan que los poderes públicos intervengan en la designación de los representantes sectoriales, pero al no estar prohibido, tal facultad puede derivar de la legislación ²⁵⁴. La excepción la cons-

²⁴⁷ SEGOVIA, Juan F., "Los consejos económicos...", cit., p. 247. De estas características son los consejos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Corrientes, Misiones, Neuquén, Santiago del Estero y Tierra del Fuego.

²⁴⁸ Dentro de este grupo destacamos las constituciones de Neuquén y Tierra del Fuego, que por disponer consejos de planificación, parecen haber privilegiado el carácter técnico de sus miembros. Así Neuquén menciona a los "técnicos universitarios" antes que a las "fuerzas vivas y del trabajo" y de igual manera Tierra del Fuego nombra primero a los "representantes de las universidades y centros de estudio e investigación en las disciplinas conducentes a su finalidad" (SEGOVIA, Juan F., "Los consejos económicos...", cit., p. 246).

²⁴⁹ Sectores representativos de las áreas económico-sociales de la comunidad.

²⁵⁰ Organizaciones intermedias.

²⁵¹ Todos los grupos sociales y económicos.

²⁵² La excepción la constituyen el Consejo de Crecimiento Económico y Desarrollo Social de Corrientes, las comisiones asesoras de Santa Cruz, el Consejo de la Planificación de Tierra del Fuego y el Consejo Económico y Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

²⁵³ Como excepción Santa Cruz establece "igualdad de representación" de los distintos sectores.

²⁵⁴ La Constitución de Formosa exige la intervención del Estado en forma indirecta de dos modos: primero, a través del Consejo Económico y Social, mediante delegados designados por las organiza-



tituyen las constituciones de Neuquén²⁵⁵ y Tierra del Fuego²⁵⁶, en que la intervención estatal está justificada por las funciones que se les asigna en materia de planificación económica provincial.

5. Normalmente se derivan a las leyes orgánicas los requisitos, incompatibilidades, duración del mandato, carácter de la representación y causales de revocación, remoción, autoridades, estructura organizativa, régimen de sesiones, quórum y mayorías y demás normas de organización y funcionamiento.

d) Atribuciones

Pueden observarse las siguientes:

d.1. Consultivas, de opinión o asesoramiento

Es la atribución más característica de la institución y la que prevalece en el derecho público provincial²⁵⁷; no obstante, el carácter consultivo de los consejos presenta algunas variantes (Segovia, 2004, 245).

Como regla, el órgano que puede pedir la consulta es el Poder Ejecutivo. Córdoba, Formosa, La Pampa y Santa Cruz contemplan el asesoramiento a los poderes públicos, expresión que comprendería al Poder Legislativo, al Judicial y a las municipalidades. En la misma línea se inscribe Corrientes al contemplarlo como órgano asesor en materia de planificación.

El carácter de la consulta es, en principio, facultativo por parte del órgano del cual dependen funcionalmente. Por el contrario, la Constitución de Corrientes lo instituye como el órgano asesor del Sistema Provincial de Planificación y la de Salta dispone la consulta obligatoria previa en caso de planes económico-sociales, culturales y tecnológicos. En lo que pareciera ser también una excepción a la consulta facultativa, la Constitución de Formosa dispone que el Consejo es un órgano permanente de consulta de los poderes públicos en el campo social y económico.

Los dictámenes u opiniones del Consejo no son vinculantes.

ciones más representativas", lo que obligará a la reglamentación a establecer o autorizar a los poderes públicos determinar cuál organización es la más representativa; y porque las organizaciones deben contar "con personería reconocida por autoridad competente, en la forma que determine la ley, con lo cual el reconocimiento público legal se transforma en un método de control estatal (SEGOVIA, Juan F., "Los consejos económicos...", cit., p. 247).

²⁵⁵ Cuyos miembros son designados por el Poder Ejecutivo con aprobación de la Legislatura.

²⁵⁶ Cuyos integrantes son designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Legislativo sobre la base de propuestas en terna elevadas por cada uno de los sectores.

²⁵⁷ Como regla las constituciones provinciales establecen que los consejos económicos y sociales son organismos de consulta. Ello sin perjuicio de funciones que en orden a la planificación pudiera disponer la ley. Las constituciones la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Corrientes, Misiones, Neuquén, Santiago del Estero y

d.2. Legislativas

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se le ha concedido la iniciativa legislativa²⁵⁸ sin más indicación, por lo que debe suponerse que la tendrá en las materias en las cuales asesorará conforme lo disponga la ley reglamentaria.

d.3. Planificadoras

Hemos dado cuenta de las constituciones que les atribuyen funciones en los procesos de planificación, a lo que agregamos que la legislación ordinaria cuando regula instrumentos de planificación, con prescindencia de si se consagró constitucionalmente esa función, se las asigna o los erige como importantes actores de ella.

Damos revista de las constituciones provinciales que establecen para los consejos funciones en materia de planeamiento.

1. Las constituciones de Neuquén y Tierra del Fuego prevén consejos como organismos cuya tarea es la de planificar, poniendo a su cargo la dirección y permanente actualización de la planificación²⁵⁹.

2. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires crea el Consejo de Planeamiento Estratégico, consultivo, con iniciativa legislativa, multipartito, para la formulación de planes estratégicos consensuados.

3. La Constitución de Corrientes instituye el Consejo de Crecimiento Económico y Desarrollo Social como organismo asesor del Sistema Provincial de Planificación e instruye al Estado a consensuar con él políticas del Estado.

3. La Constitución de Salta dispone que es obligatorio consultar previamente al Consejo Económico Social en el caso de planes económicos-sociales, culturales, científicos y tecnológicos.

4. La Constitución de Misiones indica que el Estado provincial, mediante su legislación, formulará "planeamientos para el desarrollo económico, con la colaboración de productores, trabajadores, empresarios y consumidores" e impone el dictado de la Ley de Planeamiento provincial, de carácter regional que, con la participación activa de todos los grupos sociales y económicos, fijará los programas para el pleno y armónico desarrollo de la economía y la cultura de la provincia.

5. La Constitución de Santiago del Estero establece que la participación del Consejo Económico y Social podrá ser requerida en la elaboración de los planes económico-sociales y en las políticas científicas y tecnológicas.

²⁵⁸ Quienes se expresan en contra de otorgarle iniciativa legislativa fundan el rechazo en la necesidad evitar toda superposición con los poderes del Estado (FIGUEROA, María C., *Convención Nacional Constituyente. Proyectos ingresados*, t. II, Santa Fe-Paraná, 1994, p. 302). En una postura distinta la Constitución italiana atribuye al Consejo Nacional de Economía y Trabajo iniciativa legislativa para contribuir a la elaboración de las leyes económicas y sociales.

²⁵⁹ La Constitución de Neuquén establece que "Todas las entidades públicas provinciales o municipales y las privadas, tendrán la obligación de colaborar con el Consejo de Planificación y Acción para el Desarrollo en la realización de relevamientos o prospecciones necesarios para determinar el potencial económico de la provincia".

6. La Constitución de Catamarca establece que el Poder Ejecutivo es asesorado en su tarea de planificación por los consejos asesores.

7. La Constitución de la Rioja dispone que el Consejo Económico y Social "tendrá a su cargo responder a las consultas que le formule el gobernador respecto de medidas, actos, planes o programas que se consideren de trascendencia para la provincia".

8. La Constitución de Santa Cruz dispone que la Legislatura elaborará un plan destinado a poblar la campaña, racionalizar las explotaciones rurales, estabilizar la población rural sobre la base de la propiedad y llevar mayor bienestar a los trabajadores del campo, creando a tal efecto un Consejo Agrario provincial que tendrá a su cargo la tarea de distribución y redistribución de la tierra, fomento del crédito agrario, asesoramiento técnico, selección pública de aspirantes a adjudicaciones y todas aquellas funciones que la ley determine.

e) *Facultades*

Las facultades de los consejos están en orden a las atribuciones que les competen en cada caso particular. Encuentran detalle en las leyes reglamentarias.

Usualmente consisten en dictaminar, opinar, asesorar, informar, exponer, orientar la toma de decisiones, propiciar reformas, elevar propuestas y proyectos, proponer medidas, programas y planes, solicitar información o exposiciones, efectuar consultas, recabar la colaboración o el asesoramiento de expertos y técnicos, realizar estudios e investigaciones, intervenir activamente en los procesos de planificación, participar en la formulación y el sostenimiento de políticas de Estado, articular, agregar o concertar intereses, propiciar y fortalecer la cooperación pública o privada, convocar diálogos y a audiencias públicas, mediar en situaciones de emergencia económica o social, generar compromisos o acuerdos y, en general, dictar resoluciones y disponer las medidas convenientes y necesarias para poder ejercer sus atribuciones.

LOS CONSEJOS ECONÓMICOS Y SOCIALES EN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES

Provincia	Sección	Denominación	Composición	Funciones
Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Libro I, Tít. II, cap. I, art. 19	Consejo de Planeamiento Estratégico	Presidido por el jefe de gobierno e integrado por las instituciones y organizaciones sociales representativas, del trabajo, la producción, religiosas, culturales, educativas y los partidos políticos	Carácter consultivo con iniciativa legislativa. Proponer periódicamente planes estratégicos consensuados

Provincia	Sección	Denominación	Composición	Funciones
Catamarca	III, cap. V, art. 160, inc. 3º	Consejo Asesor (del Poder Ejecutivo)	Representativo de las organizaciones intermedias	Carácter consultivo
Chaco	I, cap. IV, art. 45	Consejo Económico y Social		Ubicado en un artículo titulado "Promoción productiva"
Chubut	Parte I, Tít. II, cap. III, art. 89	No lo denomina. Lo instituye en un artículo bajo el título de "Planificación"	Intervienen representantes del Estado, de los consumidores, de los sectores del trabajo, de la producción y del comercio	Carácter consultivo. Formulación periódica de planes generales para el desarrollo económico
Córdoba	2ª parte, secc. I, cap. V, art. 125	Consejo Económico y Social	Integrado por los sectores de la producción y del trabajo, gremiales, profesionales y socio-culturales	Órgano de consulta de los poderes públicos en la materia económica y social
Corrientes	Disposición transitoria primera	Consejo de Crecimiento Económico y Desarrollo Social	Integrado por representantes del Estado provincial y municipios, de entidades civiles que nucleen a los sectores de la producción, economía, turismo, comunicación social, cultura, comercio y trabajo, comunidad académica y científica y legisladores	Carácter consultivo. Organismo asesor del Sistema Provincial de Planificación. Colabora en la formulación de políticas de Estado. Sugiere líneas de acción sectoriales y globales
Formosa	4ª parte, cap. VI, art. 155	Consejo Económico y Social	Integrado por los representantes de los sectores de la producción, del trabajo, de los profesionales, entidades socio-culturales	Órgano permanente de consulta y asesoramiento de los distintos poderes públicos en el campo social y económico
La Pampa	I, cap. II, art. 39	Consejo Económico y Social	Integrado por representantes de la producción, el trabajo, la cultura, la ciencia y profesionales	Órgano de consulta y asesoramiento de los poderes públicos en el campo de lo social y económico
La Rioja	Cap. IX (Órganos de fiscalización y asesoramiento), art. 153	Consejo Económico y Social (del Poder Ejecutivo)	Sectores representativos de las áreas económico-sociales de la comunidad	Órgano consultivo del gobernador respecto de medidas, actos, planes o programas que se consideren de trascendencia para la provincia

154

Provincia	Sección	Denominación	Composición	Funciones
Misiones	II. Tít. I, cap. I, arts. 50 y 52	No lo denomina. Lo ubica en el título "Economía"	Productores, trabajadores, empresarios y consumidores. Participación activa de todos los grupos sociales y económicos	Colaboración en la formulación de planeamientos para el desarrollo económico. Participación activa en los programas para el pleno y armónico desarrollo de la economía y la cultura
Neuquén	2ª parte, Tít. I, arts. 77 y 78	Consejo de Planificación y Acción para el Desarrollo	Compuesto por profesionales y técnicos universitarios de todas las disciplinas conducentes a su fin y representantes de las fuerzas de la producción, la ciencia y el trabajo	Dirigir y actualizar permanentemente la planificación integral de la provincia para la promoción económica y la realización de la obra pública
Salta	I, cap. VIII, Tít. I, art. 77	Consejo Económico y Social	Integrado por representantes de la producción, el trabajo, la cultura, la ciencia y la tecnología	Órgano de consulta obligatoria de los poderes públicos para la planificación económico-social, cultural, científica y tecnológica
Santa Cruz	II, arts. 45 y 46	Comisiones asesoras permanentes	Integradas por representantes oficiales, de los consumidores, de los sectores de trabajo, la producción y el comercio, en igualdad de representación	Colaboran y asesoran a las autoridades en materia económica
Santiago del Estero	Parte I, Tít. IX, cap. I, art. 104	Consejo Económico y Social	Integrado por representantes de la producción, el trabajo, de los profesionales universitarios, la ciencia y la tecnología	Órgano de consulta de los poderes públicos. Puede participar en la elaboración de los planes económico-sociales y en las políticas científicas y tecnológicas
Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur	1ª parte, Tít. II, cap. IV, art. 75	Consejo de Planificación	Integrado por representantes de las universidades y centros de estudio e investigación en las disciplinas conducentes a su finalidad, de los sectores de la producción y del trabajo y de los municipios	Dirigir y actualizar la planificación para el desarrollo provincial

II. CONSEJOS DE PARTIDOS POLÍTICOS

1. Principios generales

a) Presupuestos teóricos y caracterización

a) En los sistemas políticos actuales, basados en el *pluralismo*, los partidos se han convertido en el principal instrumento de la participación política y en los canales privilegiados para expresar ese pluralismo en las instituciones. Son los partidos políticos los que transforman el pluralismo social en pluralismo político y los que, por su condición de mediadores entre la sociedad civil y el Estado, tienen la obligación de procurar que el pluralismo político esté presente en las instituciones ²⁶⁰.

b) Podría sostenerse que esta nueva función de los partidos es, por un lado, un correlato natural de sus muchas actividades tradicionalmente reconocidas y, por otro, puede contribuir a su realización. Así se ha señalado como funciones principales de los partidos las siguientes: 1) contribuir a la formación de la opinión pública; 2) ofrecer programas generales de gobierno; 3) intentar coordinar y armonizar intereses sectoriales, parciales o de clase; 4) reducir la fragmentación de las opiniones particulares y ofrecer campos de visión más amplios; 5) formar pedagógicamente a los individuos; 6) servir de vía de representación por medio de las elecciones; 7) ser órganos de comunicación entre las demandas populares y los gobernantes; 8) dirigir la acción política de las instituciones públicas; 9) criticar y controlar la acción de gobierno cuando los partidos están en la oposición; 10) seleccionar la clase política dirigente y colaborar en su implantación y renovación; 11) reforzar ideológicamente el sistema hegemónico, estabilizándolo y legitimándolo mediante el consenso entre los partidos; 12) estructurar la sucesión política dentro del Estado ²⁶¹.

Se ha dicho que esta larga lista podría sintetizarse en la siguiente enumeración de las funciones de los partidos políticos ²⁶²: 1) sociabilización política y creación de opinión; 2) armonización de intereses; 3) formación de dirigentes políticos; 4) canalización de peticiones; 5) reforzamiento y estabilización del sistema político.

c) Se visualiza que estas funciones debidamente adaptadas al caso son también predicables de un posible órgano de consulta y asesoramiento en el que los partidos formen parte y que por esa vía propendan a llevarlas a cabo.

De esta forma el Estado, realizando el pluralismo político, puede disponer extenderlo a una institución que los agrupe y en la que los mismos partidos sean

²⁶⁰ MATA DALMASES, Jordi, "Los partidos políticos y los sistemas de partidos", en CAMINAL BADIA, Miquel, *Manual de ciencia política*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 317.

²⁶¹ GONZÁLEZ CASANOVA, José A., "Teoría del Estado y Derecho Constitucional", Vicens-Vives, Barcelona, 1980, citado por MATA DALMASES, Jordi, "Los partidos políticos...", cit., p.

321.

MATA DALMASES, Jordi, "Los partidos políticos...", cit., ps. 322/323.

los protagonistas, reforzando el pluralismo político desde el sistema de partidos para proyectarlo en el sistema político todo. Recordemos que por definición un partido es parte de un todo, tanto del sistema de partidos como del sistema político en su integralidad. Y la relación entre parte y todo, entre partido y sistema, puede intentar ser reconducida a un esquema en donde, partiendo del respeto a la pluralidad y a las instancias electorales o agonales que se produzcan en otros ámbitos, se procure generar un espacio de diálogo político en beneficio de la sociedad.

En este marco, la institución aglutinante de partidos puede asumir la forma de Consejo de Partidos Políticos.

Su concreción y éxito dependerá de múltiples circunstancias coyunturales y del nivel de la cultura política en donde se instituyan.

b) Naturaleza y caracterización institucional

a) Los consejos de partidos políticos son personas de derecho público, con autonomía funcional para el cumplimiento de sus fines.

b) Los consejos de partidos políticos se integran con las agrupaciones políticas legalmente reconocidas. Tienen por principal misión institucional actuar como un órgano independiente de consulta y asesoramiento no vinculante y de diálogo permanente y orgánico con los poderes Legislativo y Ejecutivo. Aseguran y permiten la expresión institucional de los partidos sin representación parlamentaria, en pie de igualdad con los demás.

2. Recepción en el derecho público provincial

a) Recepción normativa

A nivel constitucional, la primera provincia que consagró un Consejo de Partidos Políticos ha sido la de Córdoba de 1987²⁶³. La Constitución de Catamarca establece la existencia de un Consejo de Partidos Políticos, de carácter consultivo, como un órgano de asesoramiento del Poder Ejecutivo provincial, derivando a la ley la forma de su constitución y funcionamiento y la determinación de sus fines.

La Constitución de Córdoba receptó la institución en el artículo correspondiente a los partidos políticos. Al hacerlo, sigue un derrotero teórico como el que enunciamos al tratar los principios generales, lo que es fácilmente observable de su lectura:

“Todos los ciudadanos tienen el derecho a asociarse libremente en partidos políticos democráticos y pluralistas.

”La provincia reconoce y garantiza la existencia y personería jurídica de aquellos que sustenten y respeten los principios republicanos, representativos, federales y democráticos establecidos por las constituciones Nacional y provincial.

”Son orientadores de la opinión pública y contribuyen a la formación de la voluntad política del pueblo. La ley establece el régimen de los partidos que actúan en la provincia y garantiza su libre creación, organización democrática y pluralista, la contribución económica del Estado a su sostenimiento y la rendición de cuentas sobre el origen de sus fondos. Asegura la libre difusión de sus ideas y un igualitario acceso a los medios de comunicación.

”Sólo a los partidos compete postular candidatos para los cargos públicos electivos.

”La ley garantiza la existencia de un Consejo de Partidos Políticos de carácter consultivo”.

b) De análisis de la norma se desprende que en primer lugar se reconoce a los partidos políticos como la principal forma de participación política. Luego, se señalan los principios que deben informar a los partidos y, por ende, a la participación de los ciudadanos en ellos (democráticos y pluralistas). Posteriormente, se mencionan los principios que condicionan su reconocimiento y existencia y a los que debe ajustar su accionar. Siguen las funciones, la reserva monopólica de las candidaturas y, por último, como corolario, la institucionalización constitucional de un Consejo de Partidos Políticos de carácter consultivo.

En Córdoba el Consejo de Partidos Políticos fue reglamentado por ley 7659.

c) Conforme su caracterización constitucional, sus antecedentes legislativos, sus leyes reglamentarias, los proyectos de creación de los consejos²⁶⁴ y sus reglamentos internos, se definen o perfilan los aspectos más importantes que hacen a su naturaleza jurídica, integración, funciones, facultades y procedimientos de actuación. Pasamos sucintamente a dar revista de ellos:

b) Integración

a) Se integran por las agrupaciones políticas que, contando con el reconocimiento de la justicia electoral provincial como partidos con personería jurídico-política en la provincia, manifiesten expresamente su voluntad de formar parte de él.

b) Para la representación de cada partido sus autoridades designan delegados (normalmente en número de dos). En caso de representación plural, pueden actuar conjunta o alternativamente, emitiendo opinión en forma unificada. Existen proyectos a nivel nacional que exigen que los delegados no puedan tener dentro de la estructura partidaria un rango inferior al de secretario partidario. Se desempeñan *ad honorem*.



²⁶³ Tuvo como antecedente la Comisión Asesora Honoraria de Partidos Políticos, instituida por los decs. 2751 y 3860/1986, e integrada por

²⁶⁴ Ver por ejemplo, el proyecto del senador Maqueda de julio de 2002, iniciativa reproducida en el proyecto de la senadora Perceval de abril de 2006.

c) Funciones

Los consejos de partidos políticos tienen las siguientes funciones.

a) Emitir opinión sobre los temas que sean sometidos a su consideración por los poderes Legislativo y Ejecutivo o por los partidos políticos que lo integren ²⁶⁵.

b) Contribuir a la formación de la opinión pública.

c) Propender a la formulación de coincidencias entre las distintas corrientes políticas sobre temas de relevancia para la comunidad.

d) Fomentar la intervención ciudadana en los asuntos de interés general.

e) Promover la formación y capacitación de los cuadros dirigentes de los partidos.

f) Promover una fluida comunicación interpartidaria sobre la base de la solidaridad, el respeto mutuo y la aplicación de los ideales democráticos.

g) Receptar iniciativas sociales que promuevan una mayor participación y fomenten los vínculos entre los partidos políticos y la sociedad civil y sus organizaciones.

h) Generar compromisos, acuerdos y consensos para la formulación y el sostenimiento de políticas de Estado.

i) Contribuir a la superación de las crisis y emergencias que se produzcan.

j) Afianzan y profundizan el pluralismo político, la libertad expresión y de información, la libertad de creencias y de cultos, la protección de los derechos sociales e individuales, el respeto por las minorías políticas, étnicas, culturales y regionales y la canalización de la voluntad popular mediante el sistema de elecciones libres, informadas y periódicas, como elementos esenciales para la consolidación y el desarrollo de la democracia.

k) Fortalecer la legitimidad de sistema político y de partidos.

l) Defender, afianzar, consolidar y desarrollar el sistema democrático.

d) Facultades

Para el cumplimiento de sus funciones cuentan con las siguientes facultades:

a) Solicitar a los poderes públicos la información necesaria para abordar las cuestiones sometidas a su análisis.

b) Solicitar a los funcionarios del Poder Ejecutivo que expongan, por sí o por quien ellos designen, sobre temas específicos sometidos a su consideración.

c) Analizar los temas vinculados a sus funciones, elaborando propuestas que serán remitidas al Poder que corresponda, para su estudio y consideración.

²⁶⁵ En materia de emisión de opinión, se destaca la que se refiere a los proyectos de leyes de partidos políticos y leyes electorales, en forma previa a su tratamiento. También es usual la consulta en materia de proyectos de leyes orgánicas municipales.

d) Promover, organizar y realizar actividades, reuniones, estudios o publicaciones que estime convenientes para el logro de sus fines.

e) Dictar su reglamento interno.

e) Pautas de funcionamiento

Destacamos las siguientes:

e.1. Vinculación con los Poderes Ejecutivo y Legislativo

Normalmente, el nexo natural y permanente entre el gobierno provincial y el Consejo de Partidos Políticos es el Ministerio Político (de gobierno). En tanto que con el Poder Legislativo el vínculo el presidente del o de los cuerpos legislativos.

e.2. Coordinación

Coherente con la forma de vinculación con el gobierno, la coordinación suele corresponder al ministro encargado de los asuntos políticos, sea por sí o a través de un funcionario de alta jerarquía de su cartera que se designe al efecto. La secretaría del órgano puede estar a cargo de un funcionario de gobierno o de un representante de los partidos de manera rotativa. De la misma forma podrán oficiarse de secretario o coordinador, un funcionario de gobierno y de alterno, un delegado en forma rotativa. La rotación podrá establecerse de manera alfabética (Córdoba) o por sorteo, debiendo asegurarse en este último supuesto que ningún partido se reitere en dichas funciones hasta que la totalidad de los partidos integrantes las hayan ejercido.

e.3. Reuniones

Los consejos de partidos políticos deben fijar el cronograma de sus reuniones plenarios u ordinarias en su reglamento interno, sin perjuicio de la programación y convocatoria a reuniones y actividades especiales. La ley o, en su defecto, el reglamento establecen el quórum para sesionar.

e.4. Dictámenes y decisiones

Tanto en el proceso de asesoramiento de los poderes públicos como en el de toma de decisiones se debe procurar el consenso de los partidos que lo componen. Sólo en caso de no ser alcanzado el consenso, debería haber tantos dictámenes como opiniones se emitan.

A la cartera política corresponde proveer de todo el apoyo económico y administrativo necesario para desarrollar sus deliberaciones, funciones y difundir sus actividades.

SEXTA PARTE

Bibliografía

I. GENERAL

- FRÍAS, Pedro J. y otros, *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros, *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1993.
- PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros - ÁBALOS, María G. (coord.), *Derecho público provincial y municipal*, 2ª ed. act., La Ley, Buenos Aires, 2007.
- ROSATTI, Horacio, *Tratado de derecho municipal*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.

II. SOBRE CONTROL DE LA HACIENDA PÚBLICA

- BARRAZA, Javier I. - SCHAFRIK, Fabiana H., *El control de la Administración Pública*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- CARDÓN, Rubén C. A. - CASTIGLIONE, Antonio V., *Temas de tribunales de cuentas*, El liberal, Santiago del Estero, 1988.
- DESPOUY, Leandro, "El papel de la Auditoría General de la Nación", <http://elcontrolpublico.com.ar/ecp105/pag056.htm>.
- ESTRADA, Eduardo, "Órganos de Control. Juicio y Auditoría de Cuentas", en PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros - ÁBALOS, María G. (coord.), *Derecho Público Provincial y Municipal*, 2ª ed. act., La Ley, Buenos Aires, 2007.
- ETIENOT, María E. - ULAGNERO, Micaela C., "Principales aspectos del control preventivo en la provincia de Córdoba. Conexión con la responsabilidad funcional", <http://elcontrolpublico.com.ar>.
- GOULÚ, Patricia S., "Facultades jurisdiccionales de los tribunales de cuentas", *Revista El control público*, <http://www.elcontrolpublico.com.ar/ecp105/pag085.htm>.
- IVANEGA, Miriam M., "Reflexiones en torno al control externo de la Administración Pública y sus consecuencias", JA 2004-II-1313; SJA del 5/5/2004.
- "El control público y los servicios públicos", LL del 8/6/2007.
- ORGAZ, Jorge, "El procedimiento de control de las irregularidades administrativas", en *Derecho Procesal Administrativo*, t. II - VÉLEZ FUNES, Ignacio M. (dir.), Alveroni, Córdoba, 2004.
- PAYNE, J. Mark y otros, *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina*, IDEA - Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Washington DC, 2003.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996.
- SABSAY, Daniel A. - ONANINDIA, José M., *La Constitución de los porteños. Análisis y comentario*, Errepar, Buenos Aires, 1997.
- SCHAFRIK, Fabiana H., "El control externo del presupuesto de la ciudad de Buenos Aires desde la perspectiva constitucional", LL 2000-C-1081.
- SESIN, Domingo J., "La intensidad del control de los tribunales de cuentas frente al nuevo milenio", en *Estudios de Derecho Administrativo V*, Dike, Mendoza, 2001.
- "Tribunal de Cuentas. Importancia y alcance del control previo. Nuevas perspectivas", en *Control de la Administración Pública*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 2002.

- SUÁREZ, Andrés, *La moderna auditoría. Un análisis conceptual y metodológico*, Serie McGraw-Hill de Management, Madrid, 1990.
- Tribunales de cuentas. Doctrina y legislación comparada*, Publicación del Tribunal de Cuentas de la ciudad de Córdoba, Lerner, Córdoba, 1992.

III. SOBRE FISCALÍA DE ESTADO Y FISCALÍA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

- RAUEK DE YANZÓN, Inés B., "La Fiscalía de Estado en las constituciones provinciales", en PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros - ÁBALOS, María G. (coord.), *Derecho público provincial y municipal*, 2ª ed. act., La Ley, Buenos Aires, 2007.

IV. SOBRE DEFENSOR DEL PUEBLO

- GOZAÍNI, Osvaldo A., *El defensor del pueblo*, Ediar, Buenos Aires, 1989.
- "El 'ombudsman'", LL 1983-D, secc. Doctrina.
- LUNA, Eduardo, "El defensor del pueblo en el derecho público provincial", en PÉREZ GUILHOU, Dardo y otros - ÁBALOS, María G. (coord.), *Derecho público provincial y municipal*, 2ª ed. act., La Ley, Buenos Aires, 2007.

V. SOBRE CONSEJOS ECONÓMICOS SOCIALES

- BINNER, Hermes y otros, *Proyecto de Ley de Creación del Consejo Económico, Social y Político*, expte. 3304-D-2006, Honorable Cámara de Diputados de la Nación.
- CARRIÓ, Elisa M., *Convención Nacional Constituyente. Proyectos ingresados*, t. II, Santa Fe-Paraná, 1994.
- FIGUEROA, María C., *Convención Nacional Constituyente. Proyectos ingresados*, t. II, Santa Fe-Paraná, 1994.
- PERETTE, Pedro y otros, *Convención Nacional Constituyente. Proyectos ingresados*, t. II, Santa Fe-Paraná, 1994.
- ROULET, Elva, *Convención Nacional Constituyente. Proyectos ingresados*, t. II, Santa Fe-Paraná, 1994.
- SEGOVIA, Juan F., "Los consejos económicos sociales en el derecho público provincial. ¿Un capítulo neo corporativista en las provincias?", en ÁBALOS, María G. (coord.), *Derecho público provincial y municipal*, vol. II, La Ley, Buenos Aires, 2004.

VI. SOBRE CONSEJO DE PARTIDOS POLÍTICOS

- HERNÁNDEZ, Antonio M., "Derechos", en FRÍAS, Pedro J. y otros, *La Constitución de Córdoba comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2000.
- MATA DALMASES, Jordi, "Los partidos políticos y los sistemas de partidos", en CAMINAL BADIA, Miquel, *Manual de ciencia política*, Tecnos, Madrid, 1999.

CAPÍTULO XVII
LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

por ANTONIO M. HERNÁNDEZ *

I. BUENOS AIRES Y EL PAÍS. SÍNTESIS HISTÓRICA

Éste es el título de un libro que Félix Luna destinó a lo que consideraba el problema de relación “más dramático” de nuestra historia y el que reclamaba “decisiones más urgentes”, aunque las soluciones tardaren en llegar ¹.

Fue fundada inicialmente la ciudad por Pedro de Mendoza en 1536, y definitivamente por Juan de Garay en 1580, con el nombre de “Ciudad de la Santísima Trinidad” y su puerto con el de “Santa María de los Buenos Aires”, pero esta denominación fue la que se impuso en el decurso del tiempo.

Ello no fue casualidad, porque el puerto tenía que otorgar a la ciudad el carácter de “puerta de la tierra”, como quería Juan de Garay, o sea “un lugar de entrada y salida —como dice Luna ²— para el vasto espacio que los españoles estaban poblando entre el Cerro de la Plata y el Río de la Plata”.

Esta concepción estratégica ³, que después se cumplió acabadamente, importaría, a lo largo de la historia, la razón de los enormes desequilibrios que hoy

¹ LUNA, Félix, *Buenos Aires y el país*, Sudamericana, Buenos Aires, 1982, ps. 7 y 8.

² LUNA, Félix, *Buenos Aires y el país*, cit., p. 14.

³ Félix Luna sostiene que la idea de Garay había sido enunciada cuarenta años antes por Francisco de Aguirre, para completar la ristra de ciudades que habrían de flanquear el camino a Potosí e indica que el oidor Juan de Matienzo sugería al rey en 1566: “Ha de poblarse desde España el puerto de Buenos Aires adonde ha habido otra vez población y hay hartos indios y buen temple y buena tierra; los que allí poblaren serán ricos por la gran contratación que ha de haber allí desde España y Chile y del Río de la Plata y desta tierra” (el Alto Perú). Asimismo, recomendaba que se enviaran “ciudadanos, mercaderes y labradores; pocos caballeros porque éstos ordinariamente no se quieren aplicar a tratos ni a labranzas sino andarse holgando, jugando y paseando”. Por ello, dice el conocido historiador, “Matienzo vaticinaba no sólo la función intermediadora que tendría la futura Buenos Aires, sino también la condición innegablemente plebeya que habría de distinguirla”. LUNA, Félix, *Buenos Aires y el país*, cit., ps. 14/15.

* Abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor titular plenario de Derecho Público Provincial y Municipal y profesor titular de Derecho Constitucional (Universidad Nacional de Córdoba). Académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y director del Instituto de Federalismo. Académico correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional.

padecemos. Todavía en la actualidad se advierten las diferencias entre las tres corrientes colonizadoras que llegaron a nuestro suelo y que muestran las diferencias históricas, sociológicas, económicas, políticas y culturales entre las distintas regiones y provincias argentinas.

— La ciudad de Buenos Aires, por la fuerza y convicción de sus hijos, siempre comprendió su misión histórica. En los dos primeros siglos afrontó situaciones de extrema necesidad y pobreza, pudiendo subsistir por las vinculaciones comerciales con el Brasil e incluso por el contrabando, frente a las duras reglas monopólicas españolas, además de la “caza” de vacas, pues sólo se aprovechaba el cuero y algo de sebo.

La situación geográfica hizo de Buenos Aires el paso obligado para Chile, Potosí y hasta Perú y, en consecuencia, en 1617 fue designada sede de la Gobernación del Río de la Plata, dándose inicio al destino de capital que tendría.

Buenos Aires comenzaba a afirmarse en disputa con otras ciudades, como Córdoba, Santa Fe, Montevideo y Lima, considerada por Ricardo Levene como su madrastra en vez de España. La sede del Virreinato del Perú en 1622 había logrado imponer una Aduana en Córdoba, para impedir la competencia de Buenos Aires, pero finalmente triunfaría Buenos Aires, que en 1776 fue nominada capital del Virreinato del Río de la Plata, que incluía al Alto Perú en su jurisdicción.

En 1680 la ciudad encabezaría un hecho militar de trascendentes consecuencias: la toma de la Colonia del Sacramento, que había caído en manos de intrusos portugueses. Dice Luna que así Buenos Aires “asumió por primera vez ese alto destino de ciudad encabezadora, promotora de empresas de signo nacional que habría de balancear sus muchos desmayos, egoísmos y ausencias a lo largo de nuestra historia”⁴.

Esta acción cubriría de autoridad moral a Buenos Aires y serviría de antecedente para los acontecimientos notables de 1806 y 1807, cuando la ciudad con heroísmo rechaza las invasiones inglesas.

Además de capital virreinal, la ciudad tuvo la Aduana, la Audiencia, el Consulado y, en 1783, con las ocho gobernaciones-intendencias de la Real Ordenanza de Intendentes, extendió su influencia al resto de las ciudades de la colonia.

Con el Reglamento de Libre Comercio de 1778 no sólo acentuó su misión de puerta de la tierra, sino que también comenzó la vinculación con las corrientes de comercio mundial y por allí llegó la inmigración.

Ya por esos tiempos se advertía que la prosperidad de la ciudad portuaria significaba la decadencia del interior, y viceversa, y “ello marcaría una de las constantes del destino de Buenos Aires en la formación nacional”⁵.

Después de los sucesos de las invasiones inglesas, Buenos Aires alcanzó el título de “hermana mayor” de las otras ciudades, y ese prestigio fue consolidado en el debate del 22 de mayo de 1810, en el Cabildo Abierto, que originó

el Primer Gobierno Patrio el 25 de mayo, en las horas gestáneas de la nacionalidad. Ésa fue la invocación de Juan José Paso al sostener la teoría de la gestión de negocios como explicación de la actitud del Cabildo de Buenos Aires en nombre de los demás del Virreinato.

Después, sobre la base de la capacidad y audacia de sus criollos, de su clase media y de sus intelectuales, abiertos a las ideas revolucionarias, pudo encabezar la gesta emancipadora.

Esos años heroicos, sin embargo, siguieron deteriorando al interior del país, pues Buenos Aires, para soportar el costo de la guerra contra España, tuvo que abrir cada vez más su puerto y mantener buenas relaciones con Gran Bretaña, lo que perjudicaba a las industrias nacionales.

La conducción centralista de Buenos Aires fue originando reacciones en el resto del país, además de la desintegración del gran Virreinato del Río de la Plata.

Así fue gestándose el federalismo como única solución posible a los graves problemas políticos, económicos, sociales y jurídicos entre las regiones y provincias argentinas, que comenzaron a formarse luego de la batalla de Cepeda de 1820, en el período de la secesión nacional.

Al Tratado del Pilar continuarían otros pactos, que fueron la fuerza instrumentadora del federalismo, consagrado en la Constitución Nacional de 1853-1860, sobre la base, especialmente, de tres de ellos: el Pacto Federal de 1831; el Acuerdo de San Nicolás de 1852 y el Pacto de San José de Flores de 1859.

En estos difíciles años de guerras fratricidas entre unitarios y federales, Buenos Aires continuó progresando y distanciándose cada vez de las otras ciudades y provincias. El historiador Miron Burgin indica que los ingresos provinciales anuales en 1836 eran los siguientes: San Juan, \$ 10.700; Tucumán, \$ 21.000; Córdoba, \$ 67.000; Corrientes, \$ 133.000; y Buenos Aires, \$ 4.800.000, de los cuales el 63% provenía de la aduana⁶.

A esta altura habían fracasado los intentos constitucionales centralistas de 1819 y 1826, impulsado este último por Rivadavia, quien además había inspirado la *Ley de Capitalización de Buenos Aires*.

Esta norma fundamental fue sancionada el 4 de marzo de 1826 y disponía:

Art. 1º: La ciudad de Buenos Aires es la capital del Estado.

Art. 2º: La capital, con el territorio que abajo se señalará, quedará bajo la inmediata y exclusiva dirección de la Legislatura Nacional y del Presidente de la República.

Art. 3º: Todos los establecimientos de la capital son nacionales.

Art. 4º: Lo son igualmente todas las acciones, no menos que los deberes y empeños contraídos por la Provincia de Buenos Aires.

Art. 5º: Queda solemnemente garantido el cumplimiento de todas las leyes dadas por la misma Provincia, tanto las que consagran los pri-

⁴ LUNA, Félix, *Buenos Aires y el país*, cit., p. 31.

⁵ LUNA, Félix, *Buenos Aires y el país*, cit., p. 58.

⁶ Citado por LUNA, Félix, *Buenos Aires y el país*, cit., p. 109.

meros derechos del hombre en sociedad, como las que acuerdan derechos especiales en todo su territorio.

Art. 6°: Corresponde a la Capital del Estado todo el territorio que se comprende entre el Puerto de las Conchas y el de la Ensenada; y entre el Río de la Plata y el de las Conchas, hasta el puente llamado de Márquez, y desde éste, tirando una línea paralela al Río de la Plata, hasta dar con el de Santiago.

Art. 7°: En el resto del territorio perteneciente a la Provincia de Buenos Aires se organizará por ley especial una Provincia.

Art. 8°: Entretanto, dicho territorio queda también bajo la inmediata dirección de las autoridades nacionales.

Como más adelante veremos, esta ley constituyó un notable antecedente de las disposiciones constitucionales y legales posteriores, referidas a la Capital de la República.

El padre de nuestro derecho público, Juan Bautista Alberdi, dedicó el cap. XXVI de las *Bases* al tema de la Capital de la Confederación Argentina. En las dos primeras ediciones de la obra, efectuadas en Chile en 1852, el genial tucumano sostuvo que Buenos Aires debía ser la capital consagrada en la Constitución, por las siguientes razones:

"1°) Que siendo de origen trasatlántico la civilización anterior y la prosperidad futura de los pueblos argentinos, convenía hacer capital del país al único punto del territorio argentino que en aquel tiempo era accesible al contacto con la Europa. Ese punto era Buenos Aires, en virtud de las leyes de la antigua colonia española, que se conservaban intactas respecto de navegación fluvial.

"2°) Opinábase que habiendo sido Buenos Aires la capital secular del país bajo todos los sistemas de gobierno, no estaba en la mano del Congreso el cambiarla de situación.

"3°) Que esa ciudad era la más digna de ser la residencia del gobierno nacional, por ser la más culta y populosa de todas las ciudades argentinas".

Pero en la tercera edición, en el capítulo mencionado, luego del rechazo del Acuerdo de San Nicolás por la provincia de Buenos Aires y la posterior secesión, Alberdi critica duramente esta decisión⁷, y fundamenta la idea de que la ciudad de Buenos Aires no debe ser la capital, estableciéndose otra sede por el Congreso Constituyente. En efecto, en el art. 2°, proyecto de Constitución de

⁷ Escribió el brillante intelectual: "Buenos Aires desconoce totalmente las condiciones de la vida de nación, por la razón sencilla de que durante cuarenta años sólo ha hecho la vida de provincia. Nunca ha entendido el modo de engrandecer sus intereses locales, ligándolos con los intereses de la nación, sino cuando ha podido someter los intereses de toda la nación a los de su provincia. Así se explica cómo prefiere hoy romper la integridad de la nación antes que respetar y obedecer al gobierno creado por sus compatriotas, que sería el brazo fuerte de la tranquilidad y del progreso de la misma Buenos Aires". Y después desarrolla detenidamente las razones de esta línea de pensamiento, en cuya virtud concluye que la capital no debe fijarse en dicha ciudad. Conf. ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, cap. 1. Llegaron los GIGAS que tu celu pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar cit., ps. 147/148.

dicha edición, propone: "El gobierno de la República es democrático, representativo, federal. Las autoridades que lo ejercen tienen su asiento en [...] ciudad que se declara federal".

No obstante los graves hechos políticos producidos, el Congreso reunido en Santa Fe sancionó la Constitución Nacional en 1853, la cual fijaba como capital la ciudad de Buenos Aires en el art. 3°, que decía: "Las autoridades que ejercen el gobierno federal residen en la ciudad de Buenos Aires, que se declara Capital de Confederación por una ley especial".

La Confederación, ante la imposibilidad fáctica de fijar la capital en Buenos Aires, la estableció en la ciudad de Paraná. Pero los conflictos entre la provincia discolosa y el gobierno nacional continuaron, hasta que en la batalla de Cepeda, en 1859, las fuerzas de Urquiza derrotaron a las de Mitre, y, luego del Pacto de San José de Flores, se reunió la Convención *ad hoc* que incorporó las reformas constitucionales propuestas por la provincia de Buenos Aires, que se integró a la Confederación. El texto del art. 3° de la Ley Suprema quedó así redactado, desde 1860: "Las autoridades que ejercen el gobierno federal residen en la ciudad que se declare capital de la República por una ley especial del Congreso, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales del territorio que haya de federalizarse".

Pero los conflictos continuaron, y en la batalla de Pavón, en 1861, entre los mismos contendientes, aunque el triunfo pareció corresponder a Urquiza, éste se retiró del campo, dejándolo a Mitre como vencedor. Uno de los grandes misterios de la historia argentina; Félix Luna interpreta que la convicción de Urquiza fue que el precio de la unidad nacional era entregar la conducción del país a la provincia hegemónica⁸.

Además de la continuación de las guerras civiles argentinas, pues en el período de la organización nacional correspondiente a las presidencias de Mitre, Sarmiento y Avellaneda se produjeron los levantamientos federales del Chacho Peñaloza, Felipe Varela y López Jordán, y del propio Mitre en 1874, las autoridades nacionales prosiguieron con problemas al tener su sede en la ciudad de Buenos Aires, a partir de 1862. En efecto, ni Mitre pudo lograr la cesión de la ciudad por la legislatura bonaerense, y se tuvieron que sancionar leyes de compromiso para permitir dicho asentamiento en carácter de "huésped" para el gobierno federal.

El tema de la capital se mantuvo latente, y en 1868 el presidente Mitre vetó una ley que declaraba capital a la ciudad de Rosario. En 1869 vetó otra ley similar el presidente Sarmiento, que también volvió a ejercitar dicha facultad en dos oportunidades más: en 1871, cuando se intentaba declarar capital a una ciudad a erigirse, Rivadavia, cercana a Villa María, en la provincia de Córdoba y en 1873, en que nuevamente se insistía con la ciudad de Rosario.

En 1880 la cuestión de la capital alcanzó su punto culminante. Se enfrentaron el presidente Avellaneda —siendo el comandante en jefe del ejército el general Roca— y el gobernador de la provincia de Buenos Aires, Tejedor. La sangre de aproximadamente tres mil hombres selló la capitalización de Buenos Aires decidida por el gobierno nacional.

Ante la gravedad del conflicto, Avellaneda había trasladado la capital a Belgrano, y poco antes de finalizar su mandato remitió al Congreso el proyecto de ley pertinente. Asimismo, se produjo una *convocatoria condicional a una convención constituyente para la reforma del art. 3º de la Constitución*, si la provincia no producía la cesión requerida por dicha norma.

El Congreso de la Nación, con quórum estricto, sancionó el 21 de septiembre de 1880 la *ley 1029*, que estableció:

Art. 1º: Declárase capital de la República el municipio de la ciudad de Buenos Aires, bajo sus límites actuales y después que se haya cumplido el requisito constitucional de que habla el art. 8º de esta ley.

Art. 2º: Todos los establecimientos y edificios públicos situados en el municipio quedarán bajo la jurisdicción de la Nación, sin que los municipales pierdan en esto su carácter.

Art. 3º: El Banco de la Provincia, el Hipotecario y el Monetario permanecerán bajo la dirección y propiedad de la Provincia, sin alteración en los derechos que a ésta corresponden.

Art. 4º: La Provincia mantendrá igualmente la administración y propiedad de sus ferrocarriles y telégrafos, aunque empiece su arranque en el municipio de la ciudad, conservando asimismo, la propiedad de los demás bienes que tuviese en él.

Art. 5º: La Nación tomará sobre sí la deuda exterior de la provincia de Buenos Aires, previos los arreglos necesarios.

Art. 6º: El gobierno de la Provincia podrá seguir funcionando sin jurisdicción en la ciudad de Buenos Aires, con ocupación de los edificios necesarios para su servicio, hasta que se traslade al lugar que sus leyes designen.

Art. 7º: Mientras el Congreso no organice en la Capital la administración de justicia, continuarán desempeñándola los juzgados y tribunales provinciales con su régimen presente.

Art. 8º: Esta ley regirá una vez que la Legislatura de Buenos Aires haya hecho cesión competente, prestando conformidad a sus cláusulas, con arreglo a lo dispuesto en el art. 3º de la Constitución Nacional”.

Sin embargo, el gran debate sobre esta cuestión fundamental no se daría en el Congreso de la Nación sino en la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, donde se enfrentarían dos hombres extraordinarios: *Leandro N. Alem*, el fogoso tribuno popular y fundador de la Unión Cívica Radical, y *José Hernández*, el autor de la obra cumbre de la literatura gauchesca, el Martín Fierro.

Alem se opuso a la federalización de la ciudad señalando los peligros de la centralización del país. Dijo que con esta medida se echaban “los cimientos para que en cualquier momento un gobernante malintencionado pueda avasallar el orden institucional que tenemos dominando por su sola voluntad sin que haya obstáculo en su camino. Rosas ¿hubiera podido ejercer su dictadura sobre la República si no hubiera sido gobernador de Buenos Aires, teniendo bajo su acción inmediata y a su disposición todos los elementos de esta importante provincia? Es claro que no. [...] La solución que hoy se propone ha sido especialmente buscada por los monárquicos, los ultraunitarios, los déspotas, y los que querían desde aquí dominar a la República, levantando una oligarquía siempre subversiva de las instituciones democráticas. [...] Los partidarios de la centralización se equivocan en los resultados que esperan. La concentración de poder no produce ese vigor y esa mayor vitalidad en un país. Tendrá a su disposición mayor cantidad de elementos, pero la fuerza de éstos se debilitará paulatinamente. [...] La centralización, atrayendo a un punto dado los elementos más eficaces, toda la vitalidad de la república, debilitará necesariamente las otras localidades. La centralización tiene además este gravísimo inconveniente: que como atrae todos los elementos y la vitalidad del país a un solo punto, cuando ese punto vacila, cuando hay un sacudimiento, toda la nación se conmueve profundamente. No tiene fuerzas convenientemente distribuidas: allí está todo; allí está el corazón; allí se da el golpe a toda la nacionalidad”.

En la brillante pieza oratoria, Alem analizó los aspectos históricos, jurídicos y políticos del tema de la Capital, reclamando que siguiéramos el ejemplo de los Estados Unidos y no el de París, que todo lo concentraba en ella. Defendió, como siempre lo hizo, al federalismo: “La tendencia descentralizadora y el sentimiento autonómico de los pueblos ha salvado hasta ahora la república federal” y formuló finalmente la famosa profecía del año 80 al preguntarse sobre el significado de la centralización y responder: “El brillo, el lujo, la ilustración, la luz en un solo lugar; y la pobreza, la ignorancia, la oscuridad en todas partes”, y que en definitiva iba a producirse “la apoplejía en el centro y la parálisis en las extremidades”.

José Hernández sostuvo que con Buenos Aires capital se cerraba el ciclo abierto en 1810: “los grandes hechos de nuestra historia política podrán completarse con estas fechas notables: 1810, la emancipación; 1816, declaración de la independencia; 1853, la Constitución federal; 1862, la integridad federal incorporándose Buenos Aires; 1880, la organización de la República definitivamente constituida con Buenos Aires por capital”. Y al referirse a la importancia de la capital, expresaba: “Una capital es el cerebro, es el corazón de la nación. Tengamos un cerebro y un corazón robusto y tendremos una nación poderosa. La capital es el punto donde residen todas las tradiciones, todos los talentos, todos los prestigios, todo el desenvolvimiento moral e intelectual de un país”.

El 26 de noviembre de 1880 la Legislatura prestó conformidad a la cesión del territorio y la ciudad de Buenos Aires quedó consagrada como Capital Federal.



Se separó entonces lo “porteño” de lo “bonaerense”, que después fijó su capital en la ciudad de La Plata. Pero el *proceso de concentración de poder político, económico, financiero, militar y social en Buenos Aires se consolidó incensablemente como lo había sido en el pasado*. Sin detenernos, atento el carácter de esta síntesis histórica, expresamos que la dependencia política, económica y social de las provincias respecto del poder central fue cada vez mayor. La Argentina quedó mal formada, desequilibrada y en la actualidad exhibe aproximadamente *el 33,5% de la población nacional en una superficie que es el 0,1% del territorio, o sea el área metropolitana de Buenos Aires*, transformada en verdadera megalópolis. Reiteramos nuestra convicción —enunciada en el cap. III sobre el federalismo argentino— acerca de la necesidad de poner en marcha el proyecto federal rumbo al siglo XXI, que deberá contemplar necesariamente el ordenamiento territorial del país, y, en consecuencia, siempre deberá pensarse a Buenos Aires —sea o no la capital— en dicho contexto, a los fines de lograr un desarrollo equilibrado entre las provincias y regiones.

En este aspecto debe recordarse la trascendente iniciativa del presidente Alfonsín, mediante la *ley 23.512*, de 1987, que declaraba Capital Federal a las ciudades de *Viedma* (provincia de Río Negro) y *Carmen de Patagones* (provincia de Buenos Aires), y, a su vez, creaba una nueva provincia, correspondiente a la ciudad de Buenos Aires. Si bien las legislaturas provinciales aprobaron las cesiones territoriales pertinentes, aunque la ley no fue derogada, cayó en desuetudo.

En 1994 se produjo la reforma constitucional y comenzó otra etapa con el reconocimiento de un especial *status* para la ciudad, que continúa además siendo la capital de la Nación.

II. EL RÉGIMEN MUNICIPAL DE BUENOS AIRES ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

1. Leyes orgánicas

La Constitución Nacional, hasta la reforma de Santa Fe y Paraná, establecía en el art. 67, inc. 27, que el Congreso era la Legislatura local de la Capital Federal, y en el art. 86, inc. 3º, que el presidente era el jefe de la Capital. Además, en la última parte del art. 81, hacía referencia al “presidente de la Municipalidad”, al regular la forma de elección del presidente de la República. Para nosotros esto significaba incuestionablemente que los constituyentes no quisieron privar del gobierno municipal a la ciudad sede de las autoridades federales.

Además, en el art. 37 se otorgaba representación en la Cámara de Diputados de la Nación al pueblo de la Capital Federal, y en el art. 46 se hacía lo propio en el Senado de la Nación, mediante la elección de dos senadores.

La Ley Suprema se apartó del precedente norteamericano, donde no se previó la representación del distrito federal en ninguna de las cámaras del Congreso. Recién en la vigésimotercera enmienda, en 1961, se reconoció al pueblo

del distrito de Columbia el derecho a participar en las elecciones presidenciales, y en 1970 el Congreso posibilitó la designación de un titular ante la Cámara de Representantes, con voz pero sin voto.

Hemos sostenido que estas disposiciones constitucionales para el régimen local de la Capital Federal establecieron una *paradoja*, puesto que el principio autonómico del art. 5º rigió para el resto de los municipios argentinos. No fue extraño que se tratase de extender el concepto de la autarquía del régimen de la Capital, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a los otros gobiernos locales, que además eran pequeños y desvalidos frente a la magnitud de la ciudad de Buenos Aires⁹.

Inicialmente existieron dos interesantes antecedentes: la Ley Orgánica Municipal de la Ciudad de Buenos Aires, sancionada el 6 de mayo de 1853 por la misma Convención Constituyente actuando como Congreso de la Nación, que estableció un régimen municipal electivo, siguiendo un notable precedente; y el decreto de Urquiza de organización de la municipalidad de Buenos Aires, del 2 de septiembre de 1852¹⁰.

La legislación posterior, poniendo el énfasis en las atribuciones del Congreso y del presidente, impidió la elección popular del intendente, que sería nombrado por el presidente. Respecto del órgano deliberativo local se produjeron diversas instancias. La ley 1260, de 1882, indicó un concejo electivo. La ley 2675, de 1889, en cambio, estableció una comisión de vecinos designada por el presidente con el acuerdo del Senado. La ley 2760, de 1890, retornó al concejo electivo. El presidente de la Plaza, en 1915, por decreto, disolvió el cuerpo deliberativo. Posteriormente el Congreso sancionó las leyes 10.240, de 1917, y 12.266, de 1935, con el sistema de concejo electivo. El presidente Castillo, en 1941, volvió nuevamente a disolver el órgano deliberativo.

En 1956 el gobierno de la Nación restableció la ley 1260 de 1882; la ley 16.897, dictada por Onganía en 1966, estableció otro régimen; hasta que finalmente la ley 19.987, de 1972, orgánica de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, impuso el sistema que rigiera hasta la reforma constitucional de 1994¹¹.

Esta ley dispuso que “la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, como persona jurídica pública estatal, ejerce el gobierno y administración de la

⁹ Ver BIANCHI, Alberto, “La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades”, LL 1989-C-61.

¹⁰ Remitimos al cap. III sobre “Compendio histórico del municipio”, de HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, donde analizamos estos importantes instrumentos legales.

¹¹ En efecto, la cláusula transitoria vigésimotercera de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires dispuso lo siguiente: “Hasta tanto se constituya la Legislatura continúan vigentes las instituciones del régimen municipal con sus correspondientes regulaciones, en la medida en que no se opongan o no hayan sido expresamente derogadas por esta Constitución”. Esto explicó, por ejemplo, la continuidad del Concejo Deliberante, con treinta miembros, hasta que se produjeron los cambios operados por la reforma constitucional de 1994.

ciudad de Buenos Aires...” (art. 1º). Seguidamente reconoció amplias competencias locales a la Municipalidad (art. 2º) y estableció como órganos de gobierno al Concejo Deliberante, Departamento Ejecutivo y consejos vecinales (art. 3º). Reguló la justicia municipal de faltas (arts. 50 y ss.) y el Tribunal Fiscal (arts. 67 y ss.), además del Tribunal de Cuentas Municipal (arts. 85 y ss.), los conflictos de competencias (arts. 95 y ss.) y las acciones y recursos (arts. 97 y ss.). En el Tít. III se legisló sobre los recursos económicos de la Municipalidad (arts. 106 y ss.) y en el Tít. IV sobre publicidad y vigencia de las normas (arts. 108 y ss.).

2. Proyectos legislativos de reforma

Así como rápidamente se impuso un criterio centralista para la Capital Federal sobre la base de las disposiciones constitucionales mencionadas —pese a los dos precedentes de la Convención Constituyente y del director provisorio Urquiza—, también apareció una línea de interpretación contraria, tendiente a afirmar los derechos del pueblo de Buenos Aires en el gobierno de la ciudad. Fue *Carlos Pellegrini*, en 1881, en el Senado de la Nación, quien planteó la distinción entre la jefatura “política” del Presidente sobre la Capital y la cuestión “municipal”, de naturaleza local, que no imposibilitaba la participación de los vecinos de la ciudad en la elección de sus autoridades.

Después se sucederían los proyectos legislativos de reforma que no sólo plantearon el principio de la soberanía popular para el Concejo Deliberante, sino también para el intendente, en algunos casos.

En 1909 el diputado Argerich propuso una modificación al art. 86, inc. 3º, de la Constitución Nacional, para limitar los poderes del Presidente al régimen de gobierno de la Ciudad, y en 1917 y 1919 el diputado Melo insistió en similar criterio. En 1915 los diputados Bravo, Justo, Repetto y Palacios propugnaron la elección popular del Concejo, que de su seno debía elegir al intendente¹².

Ese mismo año el diputado Molina logró el apoyo de la Cámara para un proyecto que disponía la elección popular del intendente, pero no fue aprobado por el Senado.

Posteriormente los diputados Correa, Martínez Zuviría y Carrasco volvieron a plantear la elección indirecta del intendente por el Concejo Deliberante, y luego se sucedieron las iniciativas con la elección popular del intendente de los diputados Rabanal, Cattáneo, Balbín, Candiotti, Dellepiane, Illia y Yadarola, en 1948; del diputado Patlis, en 1965; del senador de la Rúa; y del diputado Vanossi, en 1986, que además impulsó la sanción de una carta orgánica para la ciudad.

¹² Ver BRAVO, Mario. *La ciudad libre*, 1996, libro que contiene los proyectos legislativos y los discursos en la Cámara de Diputados de la Nación sobre cuestiones municipales del notable hombre público.

En el último tiempo, antes de la reforma constitucional de 1994, presentaron proyectos en igual sentido, pero en el marco de reformas más o menos amplias de la ley orgánica 19.987, los diputados Argüello y Sueiro, Toma, Iribarne, Monteverde y García Moreno, Canata y González Gass, Álvarez y quien suscribe¹³.

En la doctrina, hubo un sector que interpretó que no había obstáculo constitucional alguno para la elección popular del intendente de la ciudad de Buenos Aires. Fue la posición de Clodomiro Zavalía, Carlos Melo, Segundo Linares Quintana, Juan Carlos Cassagne, Pedro J. Frías, Miguel Padilla y Daniel Sabsay, entre otros. Así lo sostuvimos también nosotros.

En cambio, otro sector defendió la tesis de la imposibilidad sobre la base de las normas mencionadas. Esta interpretación fue la de Germán Bidart Campos, Néstor Sagüés y Alberto Bianchi, que, aunque minoritaria, tuvo el sustento de los hechos, ya que siempre el presidente de la República designó al intendente.

Por eso, un despacho de mayoría de la *Convención Constituyente de 1957* proponía incorporar al art. 5º de la Constitución Nacional, la siguiente frase: “La Capital Federal tendrá igualmente un régimen autónómico elegido por el pueblo”.

Nosotros también veníamos postulando la reforma constitucional en tal sentido, según lo expresamos en el cap. IX sobre régimen municipal argentino de nuestra obra *Derecho municipal*.

III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. LOS ANTECEDENTES DE LAS NORMAS

El Acuerdo de Olivos¹⁴ incluía en el “Núcleo de coincidencias básicas” para la reforma constitucional, la elección popular del intendente y la autonomía de la ciudad de Buenos Aires.

Posteriormente, al intervenir en la discusión de la ley declarativa sobre la necesidad de la reforma —que incluiría el núcleo de coincidencias en el art. 2º—, en la Cámara de Diputados de la Nación, sostuvimos que uno de los grandes objetivos de la reforma era resolver este problema¹⁵.

¹³ Ver HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN - COMISIÓN DE ASUNTOS MUNICIPALES, *La reforma institucional de la ciudad de Buenos Aires*, Imprenta del Congreso de la Nación, 1994.

¹⁴ Ver ALFONSÍN, Raúl, *Democracia y consenso*. Corregidor, Buenos Aires, 1996, ps. 324/325, y HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal*, cit., cap. III, “Compendio histórico del municipio”, punto II, donde se recuerda nuestra participación en la Comisión de Juristas que intervino en la redacción.

¹⁵ Ver el punto antes indicado del cap. III de HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal*, cit., y el libro HERNÁNDEZ, Antonio M. (h), *Reforma constitucional de 1994. Labor del convencional constituyente Antonio María Hernández (h)*, Imprenta del Honorable Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1995, p. 15.



Ya en el seno de la Convención Constituyente, también integramos la comisión que redactó el Proyecto de Reforma Constitucional sobre la base del "Núcleo de coincidencias básicas".

Este Proyecto fue destinado a la comisión 2 de la convención, denominada "Comisión de Coincidencias Básicas", integrada por cincuenta miembros, que pertenecían a los siguientes bloques políticos: veintitrés al Partido Justicialista, doce a la Unión Cívica Radical, cinco al Frente Grande, tres al Modin y uno por Cruzada Renovadora de San Juan, Alianza Unidad Socialista, Pacto Autonomista Liberal, Fuerza Republicana, Unión de Centro Democrático, Movimiento Popular Jujeño y Acción Chaqueña ¹⁶.

El dictamen de la comisión fue elevado a la Comisión de Redacción, que produjo despachos de mayoría y minoría ¹⁷.

El despacho mayoritario expresaba, con relación a este tema:

Sustitúyense los incisos del art. 86 ¹⁸ que en cada caso se indican, por los siguientes:

...inc. 3°: se deroga ¹⁹.

Sustitúyese el art. 36 de la Constitución Nacional, por el siguiente:

Art. 36: Un Congreso compuesto de dos cámaras, una de diputados de la Nación y otra de senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, será investido del Poder Legislativo de la Nación ²⁰.

Sustitúyese el art. 37 de la Constitución Nacional, por el siguiente:

¹⁶ Dicha comisión estaba integrada de esta manera: Presidente: César Jaroslavsky (UCR). Vicepresidente: Alberto E. Balestrini (PJ). Vicepresidente 1°: Pablo A. Márquez (PJ). Vicepresidentes 2°, 3° y 4° (vacantes). Secretarios: Rodolfo M. Parente (UCR) y Julio C. Humada (PJ). Vocales: Mauro Aguirre (Modin), Alberto G. Albamonte (PJ), Miguel I. Alegre (UCR), César Arias (PJ), Juan F. Armagnague (UCR), Carlos A. C. Auyero (Frente Grande), Nancy B. Avelín (Cruzada Renovadora San Juan), Eduardo S. Barcesat (Frente Grande), Angel M. Bassani (UCR), Daniel Baum (PJ), Antonio T. Berhongaray (UCR), Enrique A. Bertolino (PJ), Alfredo Bravo (Alianza Unidad Socialista), Tomás E. Castillo Odena (Pacto Autonomista Liberal), Horacio E. Conesa Monez Ruiz (Fuerza Republicana), Roberto J. Cornet (Ucedé), Jorge E. de la Rúa (UCR), Fernando R. del Castillo (Modin), Jorge A. Escobar (PJ), María del Carmen Falbo (PJ), José C. Ficoseco (PJ), Alberto M. García Lema (PJ), Luis R. Giacosa (PJ), María C. Guzmán (Movimiento Popular Jujeño), Aníbal Ibarra (Frente Grande), Gildo Insfran (PJ), Alberto J. B. Iribarne (PJ), Carlos A. Lorenzo (UCR), María Z. Lucero (UCR), José Matilla (PJ), Diego J. May Zuviría (Frente Grande), Ramón B. Mestre (UCR), Pedro E. Molina (PJ), Ricardo M. D. Moreno (PJ), René S. Orsi (PJ), Miguel A. Ortiz Pellegrini (UCR), Enrique Paixao (UCR), Ángel F. Pardo (PJ), Miguel A. Robles (PJ), Carlos R. Skidelsky (PJ), Ramón H. Torres Molina (Frente Grande), Eduardo F. Valdés (PJ), Alejandro J. Vázquez (Modin), Jorge E. Winter (Acción Chaqueña) y Jorge R. Yoma (PJ).

¹⁷ Ver el *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, t. II, Santa Fe-Paraná, 1994, ps. 2197/2204. La integración de la Comisión de Redacción, de la que tuvo el honor de ser vicepresidente, en el cap. III sobre federalismo argentino de esta obra.

¹⁸ Recordemos que era el de las atribuciones presidenciales.

¹⁹ Este inciso establecía la jefatura local del presidente en la Capital Federal.

²⁰ Esta norma es el antecedente del actual art. 45.

Art. 37: La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente del pueblo de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos. Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado ²¹.

Sustitúyese el art. 46 de la Constitución Nacional, por el siguiente:

Art. 46: 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 ²².

Cláusula transitoria: Los actuales integrantes del Senado de la Nación desempeñarán su cargo hasta la extinción del mandato correspondiente a cada uno.

En ocasión de renovarse un tercio del Senado en 1995, por finalización de los mandatos de todos los senadores elegidos en 1986, será designado además un tercer senador por distrito por cada Legislatura. El conjunto de los senadores por cada distrito se integrará, en lo posible, de modo que correspondan dos bancas al partido político o alianza electoral que tenga el mayor número de miembros en la Legislatura, y la restante al partido político o alianza electoral que le siga en número de miembros de ella. En caso de empate, se hará prevalecer al partido político o alianza electoral que hubiera obtenido mayor cantidad de sufragios en la elección legislativa provincial inmediata anterior.

La elección de los senadores que reemplacen a aquellos cuyos mandatos vencen en 1998, así como la elección de quien reemplace a cualquiera de los actuales senadores en caso de aplicación del art. 54, se hará por estas mismas reglas de designación. Empero, el partido político o alianza electoral que tenga el mayor número de miembros en la Legislatura al tiempo de la elección del senador, tendrá derecho a que sea elegido su candidato, con la sola limitación de que no resulten los tres senadores de un mismo partido político o alianza electoral.

Estas reglas serán también aplicables a la elección de los senadores por la ciudad de Buenos Aires, en 1995 por el cuerpo electoral, y en 1998 por el órgano legislativo de la ciudad.

²¹ Esta norma es el antecedente del actual art. 45.

²² Esta norma es el antecedente del actual art. 54.

La elección de todos los senadores a que se refiere esta cláusula se llevará a cabo con una anticipación no menor de sesenta ni mayor de noventa días al momento en que el senador deba asumir su función.

En todos los casos, los candidatos a senadores serán propuestos por los partidos políticos o alianzas electorales. El cumplimiento de las exigencias legales y estatutarias para ser proclamado candidato será certificado por la justicia electoral nacional y comunicado a la Legislatura.

Toda vez que se elija un senador nacional se designará un suplente, quien asumirá en los casos del art. 54.

Los mandatos de los senadores elegidos por aplicación de esta cláusula transitoria durarán hasta el 9 de diciembre de 2001 ²³.

Sustitúyese el art. 81 ²⁴ de la Constitución Nacional, por el siguiente:

Art. 81: El presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo en doble vuelta, según lo establece esta Constitución. A este fin el territorio nacional conformará un distrito único ²⁵.

Incorpórase el siguiente artículo a continuación del 110 de la Constitución Nacional:

Art. 110 bis: 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 ²⁶.

Cláusula transitoria: Hasta tanto se constituyan los poderes que surjan del nuevo régimen de autonomía de la ciudad de Buenos Aires, el Congreso ejercerá una legislación exclusiva sobre su territorio, en los mismos términos que hasta la sanción de la presente.

El jefe de gobierno será elegido durante el año 1995.

La ley prevista en los párrafos segundo y tercero del presente artículo deberá ser sancionada dentro del plazo de doscientos setenta días a partir de la vigencia de esta Constitución.

²³ Esta norma es el antecedente de la actual disposición transitoria cuarta.

²⁴ Que mencionaba al presidente de la municipalidad en la Capital Federal, en el procedimiento de elección indirecta del presidente de la República.

²⁵ Esta norma es el antecedente del actual art. 44.

²⁶ Esta norma es el antecedente del actual art. 129.

Hasta tanto se haya dictado el Estatuto Organizativo, la designación y remoción de los jueces de la ciudad de Buenos Aires se regirán por las disposiciones de los arts. 99 bis y 99 ter de esta Constitución ²⁷.

Sustitúyese el inc. 27 del art. 67 de la Constitución Nacional por el siguiente texto:

Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la capital de la Nación, y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional ²⁸.

Cláusula transitoria: El Congreso ejercerá en la ciudad de Buenos Aires, mientras sea capital de la Nación, las atribuciones legislativas que conserve con arreglo al art. 110 bis ²⁹.

Incorpórase como inciso nuevo del art. 67 ³⁰ de la Constitución Nacional, el siguiente texto:

Inciso nuevo: Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires. Aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo ³¹.

Incorpórase como inc. 24 del art. 86 de la Constitución Nacional el siguiente texto:

Inc. 24: Decreta la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento ³².

En el extenso *debate* de los diversos temas del despacho de la Comisión de Coincidencias Básicas, opinaron en favor del nuevo régimen para la ciudad de Buenos Aires los convencionales García Lema, A. Bravo, Del Bono, Márquez, A. Hernández, Valdés, Ibarra, Romero, Brusca, Laporta, Mestre y A. Caffero. Lo hicieron en contra los convencionales Cornet, Castillo Odena, Llano, Natale y Pose ³³.

El miembro informante de la Comisión de Coincidencias Básicas, convencional García Lema, efectuó un somero análisis del despacho mayoritario,

²⁷ Estos artículos que se incorporaron por el mismo despacho son los actuales arts. 114 y 115, sobre Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento. Esta norma es el antecedente de la actual disposición transitoria decimoquinta.

²⁸ Como luego veremos esta norma no fue votada, por cuanto no introducía cambio alguno en la redacción de dicho inciso.

²⁹ Esta norma es el antecedente de la actual disposición transitoria séptima.

³⁰ Este artículo se refería a las atribuciones del Congreso.

³¹ Esta norma es el antecedente del actual inc. 31 del art. 75.

³² Esta norma es el antecedente del actual inc. 20 del art. 99.

³³ Ver el *Diario de Sesiones...*, cit., ts. II y III, ps. 2221 a 2665. Asimismo, efectuaron inserciones sobre este particular los convencionales Achem - Alfonsín - De la Rúa - Ortiz Pellegrini - Rodríguez, *Diario de Sesiones...*, cit., t. III, ps. 2711 a 2712, 2732 a 2734, 2765 a 2769, 2790 a 2792 y 2797 a 2800, respectivamente.

destacando el nuevo *status* constitucional especial de la ciudad³⁴. El convencional Natale, al opinar en contra, sostuvo que la autonomía de la ciudad debía equipararse a la autonomía municipal y no a la de un Estado provincial; que Estatuto y Constitución en esencia eran lo mismo; que no debían restarse las atribuciones del Congreso sobre la ciudad; y que no debían reconocerse tres senadores a la ciudad³⁵.

Nosotros nos referimos exclusivamente en nuestra intervención al tema de la ciudad de Buenos Aires y a la Capital Federal. Recordamos que la cuestión atraviesa toda la historia, y que opinaron al respecto Alberdi, Sarmiento, Alem, Martínez Estrada, Mallea y, más recientemente, Luna. Analizamos las normas constitucionales sobre la Capital Federal y los distintos gobiernos municipales a lo largo del tiempo. Al fundamentar el art. 110 bis propuesto por el despacho mayoritario, dijimos que con toda claridad se establecía “el principio de autonomía plena en el gobierno de la ciudad de Buenos Aires”, y así explicamos la norma:

“En el primer párrafo se determina que la ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción. Esto significa que no puede haber otra manera de interpretación que apunte a considerar que este gobierno tendrá esta facultad autónoma. La palabra ‘autonomía’ significa posibilidad de propia legislación, y, por supuesto, que dentro de este concepto hay facultades tanto gubernativas —en este sentido aparece clara la frase que indica que el jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad— como de legislación y jurisdicción. Este último aspecto hay que correlacionarlo con el párrafo tercero de la norma propuesta, con la idea de un estatuto organizativo, que significará el máximo grado posible de autonomía, vinculado con el aspecto institucional. Ese estatuto organizativo será el resultado de una convención local electa por el pueblo de la ciudad de Buenos Aires, que tendrá la histórica tarea de establecer los lineamientos del gobierno de dicha ciudad. [...] Las facultades de jurisdicción no significan otra cosa que un Poder Judicial. Y esto se relaciona también con la cláusula transitoria establecida al respecto, fijando que los jueces que hoy pertenecen a la justicia nacional de Buenos Aires, dependientes del Estado nacional, pasen a ser jueces de la ciudad de Buenos Aires”. Después distinguíamos el problema de la ciudad con el de la Capital Federal, al mencionar la Ley de Garantías, y luego avanzamos en precisar como “ciudad-Estado”, que es la naturaleza que corresponderá a la ciudad de Buenos Aires. Más adelante resumíamos los problemas fundamentales de la ciudad, como “verdadera megalópolis”, que requería una visión metropolitana para el accionar conjunto del gobierno federal, de la provincia de Buenos Aires, y de los diecinueve partidos del conurbano junto al gobierno de la ciudad; además de la desconcentración

³⁴ *Diario de Sesiones...*, cit., t. II, ps. 2221/2222.

³⁵ *Diario de Sesiones...*, cit., t. II, ps. 2360/2361.

administrativa, de la coparticipación, de la delimitación de competencias con el gobierno federal, de la policía y de la justicia. Finalmente sosteníamos que la autonomía plena de la ciudad significará “la consolidación de principios republicanos y federales”³⁶.

El convencional Valdés efectuó también un desarrollo específico del tema, defendiendo el despacho mayoritario³⁷, y el convencional Ibarra reclamó la autonomía plena de la ciudad de Buenos Aires³⁸.

El convencional Romero, si bien apoyó el despacho en tratamiento, interpretó que se ponía en pie de igualdad al municipio de la ciudad de Buenos Aires con el resto de los municipios del país³⁹.

El convencional Antonio Cafiero también manifestó su adhesión a la autonomía de la ciudad, pero hizo referencia a los derechos de la provincia de Buenos Aires para el caso de que dejara de ser la Capital Federal, o se la quisiera convertir en provincia nueva⁴⁰.

Antes de ser sometido a votación el despacho, el convencional Paixao efectuó algunas correcciones de redacción, y propuso la supresión del párrafo destinado al inc. 27 del art. 67, en razón de que “reproducía el texto actual de la Constitución”⁴¹.

La votación arrojó el siguiente resultado: ciento setenta y siete votos afirmativos, veintisiete negativos y tres abstenciones⁴².

Para completar este análisis de los antecedentes de las normas constitucionales, indicamos que la modificación del anterior inc. 27 del art. 67 se introdujo, tal como lo vimos en el cap. III, al debatirse el despacho de las comisiones que abordaron los temas del federalismo. En esa instancia, recordamos, se indicó expresamente el ejercicio de los poderes de policía e imposición de provincias y municipios sobre los establecimientos de utilidad nacional, en tanto no interfirieran el cumplimiento de las finalidades específicas del gobierno federal sobre ellos. Esta modificación se realizó mediante la incorporación de un segundo párrafo a la redacción anterior del inciso. En el primer párrafo también se efectuaron modificaciones en la redacción. Pero nos interesa destacar específicamente lo relativo a la Capital Federal, pues el actual art. 75, inc. 30, dice: “Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación...”, mientras que el inc. 27 del art. 67 expresaba: “Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la capital de la Nación...”.

³⁶ *Diario de Sesiones...*, cit., t. III, ps. 2600/2609.

³⁷ *Diario de Sesiones...*, cit., t. III, ps. 2616/2618.

³⁸ *Diario de Sesiones...*, cit., t. III, p. 2623.

³⁹ *Diario de Sesiones...*, cit., t. III, p. 2631.

⁴⁰ *Diario de Sesiones...*, cit., t. III, p. 2663.

⁴¹ *Diario de Sesiones...*, cit., t. III, ps. 2695/2698.

⁴² *Diario de Sesiones...*, cit., t. III, p. 2701.

Más allá de la supresión de la palabra “todo”, queremos indicar que infructuosamente propusimos en el debate del despacho, la supresión de la palabra “exclusiva”, para evitar en el futuro los problemas que se presentaron en la historia respecto del régimen local de la Capital. El convencional García Lema expresó entonces, en una primera intervención, que dicho problema era para el futuro y, en consecuencia, podía ser resuelto por otra convención, a lo que replicamos insistiendo en nuestro planteo, y en una segunda intervención el convencional García Lema admitió que sí se podía crear un régimen municipal en una futura ciudad capital ⁴³.

IV. EL NUEVO RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

1. La ciudad-Estado

a) El debate doctrinario

Se ha originado un interesante y complejo debate doctrinario sobre la naturaleza del nuevo *status* constitucional de la ciudad de Buenos Aires. María Gabriela Ábalos ⁴⁴ efectúa una buena síntesis al respecto: mayoritariamente se sostiene que no existe equiparación con las provincias (opinión de Alfonsín, Argüello, Badeni, Bidart Campos, García Lema, Marienhoff, Natale, Paixao, Rosatti, Spota, Vanossi, etc.), aunque también se ha razonado en sentido contrario (opinión de Ekmekdjian, para quien el *status* corresponde al de las provincias).

Y sobre la definición de la naturaleza de la ciudad, la investigadora mendocina citada indica: “ciudad autónoma” (opinión de Badeni, Francos y Lapacette), “ciudad-Estado” (Jorge de la Rúa y Alfonsín), “ciudad-Estado de nivel provincial” (Quiroga Lavié), “semiprovincia” (Eduardo Menem y Dromi), “*status* jurídico excepcional” (Argüello), “distrito autónomo, con una situación intermedia entre un municipio y una provincia” (Creo Bay), “entidad *sui generis* de descentralización territorial políticamente autónoma” (Bidart Campos), “persona de derecho público de existencia necesaria” (Sabsay), “municipio federado” (Frías y Barrera Buteler, aunque el jurista cordobés nos ha manifestado que ahora sostiene la tesis de la ciudad-Estado), “autarquía” (Spota), “autonomía municipal” (Natale) y “autonomía plena para el gobierno de la ciudad” (que fue nuestra opinión en la Convención, aunque agregamos a la autora que también en dicha instancia habíamos consignado la naturaleza de la ciudad-Estado) ⁴⁵.

⁴³ *Diario de Sesiones...*, cit., t. IV, ps. 3854 a 3859.

⁴⁴ PÉREZ GUILHOU y otros, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 429 y ss.

⁴⁵ Ver las fuentes utilizadas por ÁBALOS, en *Derecho Constitucional...*, cit., ps. 429 a 433, y notas respectivas.

b) Nuestra opinión

En relación a este tema trascendente, lo primero que manifestamos es que el nuevo régimen de la ciudad de Buenos Aires emerge directamente de la Constitución Nacional en sus arts. 129 y concs., como mandato incuestionable del poder constituyente y al que se le aplica el principio de la supremacía del art. 31.

En consecuencia, de dicho máximo origen surge el nuevo *status*, que no puede ser desconocido por las instancias propias del poder constituido. En este sentido ninguno de los poderes del gobierno federal, ni la convención que sancione el Estatuto Organizativo —en ejercicio también de poder constituyente, pero de distinto grado—, ni los gobiernos provinciales y municipales pueden dejar de respetar la letra y espíritu de la Ley Suprema de la Nación.

De este razonamiento también derivamos como conclusión que, en la actual estructura institucional argentina, existen cuatro órdenes gubernamentales: el federal, los provinciales, los municipales y el de la ciudad de Buenos Aires. Asimismo, se admite la posibilidad de un nivel adjetivo, como el regional, sobre la base del desarrollo económico y social.

Para nosotros, en nuestro Estado federal las provincias también son Estados, como también sostenemos que los municipios tienen la naturaleza de Estado. Ahora agregamos como resultado de la reforma, el Estado de la ciudad de Buenos Aires, con sus elementos específicos: territorio, población y poder, con su personalidad jurídica pública estatal, y también con la finalidad del bien común.

c) Diferencia con las provincias y municipios

Este Estado no alcanza a ser una provincia, pues no lo indicó la Constitución, que tampoco extendió la aplicación de los artículos correspondientes al Tít. II, “Gobiernos de provincia”, al régimen de la ciudad.

Pero, de la misma manera, resulta evidente que el constituyente ha establecido una jerarquía institucional superior y distinta para la ciudad de Buenos Aires de la de los municipios autónomos del art. 123.

La diferencia con los municipios estriba en que: a) la ciudad de Buenos Aires tiene un régimen específico (art. 129), ubicado en el título sobre los “Gobiernos de provincia”, como resultado de una clara decisión en cuanto a la sistemática de la Constitución; b) se ha distinguido con toda precisión la ciudad de Buenos Aires de la Capital Federal, con normas especiales para ambas (v.gr., art. 45 y disposición transitoria séptima); c) la ciudad de Buenos Aires tiene representación en el Senado de la Nación (art. 54); d) el pueblo de la ciudad de Buenos Aires tiene representación en la Cámara de Diputados de la Nación (art. 45); e) la ciudad de Buenos Aires interviene en la distribución de la coparticipación impositiva con la Nación y las provincias (art. 75, inc. 2°); f) la ciudad de Buenos Aires debe aprobar toda transferencia de competencias, servicios o funciones con la respectiva reasignación de recursos efectuada por ley del Congreso (art. 75, inc. 2°); g) la ciudad de Buenos Aires tiene representación en

el organismo fiscal federal (art. 75, inc. 2°); h) la ciudad de Buenos Aires puede ser intervenida por el gobierno de la Nación (arts. 75, inc. 31, y 99, inc. 20); i) la ciudad de Buenos Aires puede integrar regiones para el desarrollo económico y social y celebrar convenios internacionales (art. 124); j) la ciudad de Buenos Aires puede conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales (art. 125); k) la ciudad de Buenos Aires tiene facultades judiciales (art. 129 y disposición transitoria decimoquinta); y l) la ciudad de Buenos Aires dicta su Estatuto organizativo acorde con su naturaleza especial, que no es idéntico a las cartas orgánicas municipales, aunque ambos instrumentos traduzcan ejercicio de poder constituyente.

Vimos anteriormente que la mayoría de la doctrina considera que existe un *status* constitucional especial para la ciudad, con un grado muy apreciable de autonomía, intermedia entre los municipios autónomos y las provincias. Para nosotros la *naturaleza jurídica que corresponde es la de ciudad-Estado, como lo expresamos en el seno de la propia Convención Constituyente.*

En primer lugar, porque como lo sostuvimos en el cap. IV sobre la naturaleza del municipio en nuestra obra *Derecho municipal*, es perfectamente válido hablar de Estado municipal, como lo hizo hace largo tiempo el maestro español Adolfo Posada.

En segundo lugar, porque, en consecuencia, con mayor razón que en un municipio estamos aquí en presencia de un Estado, en virtud de las especiales competencias asignadas por la Constitución, las cuales acabamos de señalar⁴⁶.

En tercer lugar, porque este Estado, que tiene superior jerarquía que los municipios en razón de sus mayores competencias autonómicas, tiene un carácter específicamente urbano. La base sociológica de este Estado es la ciudad de Buenos Aires, y por eso lleva precisamente ese nombre.

En cuarto lugar, porque si comparamos la situación de este Estado con otros existentes en una federación ejemplar, como es la alemana, comprendemos que son semejantes. Es el caso de los "Estados-ciudad" correspondientes a tres ciudades: Hamburgo, Bremen y Berlín⁴⁷.

⁴⁶ Con una visión coincidente, Jorge Reinaldo Vanossi ha escrito: "La ciudad de Buenos Aires va a tener una entidad estatal", va a ser un ente de estabilidad manifiesta, en cuanto a los elementos que componen cualquier Estado: nacional, provincial o municipal. Léase territorio, léase población, léase poder, léase fines a cumplir, léase ordenamiento jurídico a aplicar. Pero, por supuesto, es una estatalidad distinta de las otras a las cuales nos estamos refiriendo. VANOSI, Jorge R., "Autonomía... *ma non troppo*", ED del 29/12/1995.

⁴⁷ Dijo al respecto Otto Gönnewein, que fue profesor de derecho público de la Universidad de Heidelberg: "Los Estados-ciudad, en su sentido más estricto y más próximo al gramatical, son corporaciones territoriales que reúnen la doble característica de ser, al mismo tiempo, Estado y municipio, y en los cuales, por lo tanto, no puede hablarse de Estado y municipio como distintos sujetos de derecho". El destacado profesor analiza las particularidades de la organización de cada una de dichas ciudades, expresando que "solamente en forma abreviada puede hacerse una exposición de derecho municipal respecto de este tipo de corporaciones municipales". GÖNNEWAIN, Otto, *Derecho municipal alemán*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1967, ps. 337 a 348.

Aunque debemos manifestar que, para nosotros, el carácter de "ciudad-Estado" de Buenos Aires surge del derecho argentino con mayor claridad que en los casos mencionados del derecho alemán⁴⁸.

Otra lógica derivación de la naturaleza de ciudad-Estado y del especial *status* establecido en la Constitución Nacional a la ciudad de Buenos Aires es que *en caso de que ésta dejase de ser capital de la Nación, la provincia de Buenos Aires no podría reivindicar el territorio que oportunamente cedió.* Si bien sólo un convencional planteó el tema, Antonio Cafiero, aunque entre la representación de la provincia se encontraba hasta el propio gobernador Duhalde, para este caso hipotético, compartimos la opinión negativa de Quiroga Lavié y Vanossi⁴⁹.

Otra cuestión muy importante a considerar es si la ciudad de Buenos Aires, a la vez capital federal, *es un territorio federalizado*, como se preguntó con agudeza Germán Bidart Campos. Y respondió el gran constitucionalista en tesis que compartimos: "La ciudad de Buenos Aires, no obstante ser capital federal, no es un territorio federalizado totalmente, sino sujeto a jurisdicción federal únicamente en lo que atañe a los intereses que en él inviste el Estado federal, en razón de residir allí el gobierno federal y estar situada también allí la capital federal". El autor dijo que hay que interpretar sistemáticamente el art. 3° —que menciona el territorio federalizado— con estas nuevas disposiciones constitucionales referentes a la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, que limitan las competencias federales, y, en consecuencia, la federalización es parcial, con sentido institucional y competencial, pero no territorial o geográfico.

⁴⁸ También sostienen la naturaleza de "ciudad-Estado": QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Zavalia, Buenos Aires, 1996, ps. 722 y ss., y DE GIOVANNI, Julio A. R., "El nuevo *status* jurídico de la ciudad de Buenos Aires después de la reforma constitucional de 1994", LL del 22/11/1994, además de Jorge de la Rúa, Alfonsín y Frías, como antes mencionamos.

⁴⁹ Dice Quiroga Lavié que en ese caso se plantearía un problema complejo entre el Pacto de San José de Flores, que en el art. V hacía referencia a la integridad del territorio de Buenos Aires, que no podía ser dividido sin el consentimiento de la Legislatura, y el nuevo art. 129, respondiendo el autor que debe prevalecer esta última norma "debido a que el poder constituyente nacional puede someter a su imperio toda norma anterior, cualquiera sea su jerarquía normativa". Más adelante recuerda que la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que "los acuerdos celebrados entre la provincia de Buenos Aires y la Nación con motivo de la federalización de la ciudad de Buenos Aires como capital de la República, fueron definitivos e inhabilitan a dicha provincia para iniciar acciones a título de antigua propietaria del municipio y con motivo de la cesión que de él se hizo" (Fallos 114:315) (QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, cit., ps. 725/727). A su vez expresa Jorge Vanossi: "Queda en claro que lo transitorio de Buenos Aires va a ser la condición de capital federal; pero la esencia, permanencia y trascendencia va a ser la ciudad de Buenos Aires. Y aquí sí ha ganado la ciudad de Buenos Aires, y esto es lo positivo. Si la capital dejara de estar en la ciudad de Buenos Aires, la ciudad de Buenos Aires no perdería su *status* y su autonomía, o como la llamemos. Y hasta seguiría eligiendo los representantes, aunque ya no fuera capital federal. No podría ser absorbida de nuevo por la provincia de Buenos Aires, como se discutía hasta hace poco tiempo cuando se barajaba la hipótesis de un eventual traslado de la capital" (VANOSI, Jorge R., "Autonomía... *ma non troppo*"),

Bidart Campos indicó que a semejanza del art. 75, inc. 30, "en la capital federal coincidente con la ciudad de Buenos Aires (autónoma) la ley del Congreso tiene que delinear las competencias federales para garantizar los intereses del Estado federal", y finalmente agregó como argumento que si se ha regulado la intervención federal para la ciudad, es porque además de ser autónoma, su territorio no está federalizado, en equiparación a las provincias⁵⁰.

Otro tema complejo es si el Congreso sólo *conservará las competencias que taxativamente se le retengan en su favor y las residuales pertenecerán a la ciudad de Buenos Aires; o viceversa*. Nos inclinamos, junto a Bidart Campos⁵¹ y Jorge de la Rúa⁵², por la primera hipótesis, aunque el art. 2º de la ley 24.588, de garantías del Estado nacional mientras Buenos Aires sea capital federal, sancionada en 1995, estableció el principio opuesto. Abonando su tesis describió de la Rúa: "En el contexto señalado (refiriéndose a la ubicación del art. 129, en el título de gobiernos de provincia), resulta aplicable en materia de distribución de competencias el criterio rector establecido en el art. 121 de la Constitución Nacional, correspondiendo a la nueva unidad política que se crea, todos los poderes no delegados por la Constitución al gobierno federal"⁵³.

Finalmente, debemos formular breves consideraciones sobre un tema muy importante: *los límites territoriales de la ciudad*.

Al respecto, el Estatuto Organizativo expresa en el art. 8º:

Los límites territoriales de la ciudad de Buenos Aires son los que históricamente y por derecho le corresponden conforme a las leyes y decretos nacionales vigentes a la fecha. Se declara que la ciudad de Buenos Aires es corribereña del Río de la Plata y del Riachuelo, los cuales constituyen en el área de su jurisdicción bienes de su dominio público. Tiene el derecho a la utilización equitativa y razonable de sus aguas y de los demás recursos naturales del río, su lecho y subsuelo, sujeto a la obligación de no causar perjuicio sensible a los demás corribereños. Sus derechos no pueden ser turbados por el uso que hagan otros corribereños de los ríos y sus recursos. Todo ello, sin perjuicio de

⁵⁰ BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional argentino*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, 1995, ps. 539/542.

⁵¹ BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional argentino*, cit., p. 542.

⁵² DE LA RÚA, Jorge, "El nuevo *status* jurídico de la ciudad de Buenos Aires", LL del 17/11/1994.

⁵³ DELA RÚA, Jorge, "El nuevo *status* jurídico...", cit., p. 2. Y continuaba expresando el jurista cordobés: "En efecto, si bien la ciudad de Buenos Aires, como unidad política autónoma, no puede considerarse anterior a la conformación del Estado federal, se encuentra, en relación al mismo, en una situación similar a la de las provincias creadas por el Congreso por aplicación del antiguo art. 67, inc. 14, CN (art. 75, inc. 15, en la nueva numeración), las que han sido erigidas en igualdad de *status* con las catorce provincias preexistentes". Luego ejemplificaba sobre las competencias de la ciudad de Buenos Aires, dado ese carácter indefinido, con relación a las de las provincias en los arts. 5º, 75, incs. 12 y 18, 121, 122, 123, 125 y 129.

las normas de derecho internacional aplicables al Río de la Plata y con los alcances del art. 129 de la Constitución Nacional.

La ciudad tiene el dominio inalienable e imprescriptible de sus recursos naturales y acuerda con otras jurisdicciones el aprovechamiento racional de todos los que fueran compartidos.

En su carácter de corribereña del Río de la Plata y del Riachuelo, la ciudad tiene plena jurisdicción sobre todas las formaciones insulares aledañas a sus costas, con los alcances permitidos por el Tratado del Río de la Plata. Serán consideradas como reservas naturales para preservar la flora y la fauna de sus ecosistemas.

Los espacios que forman parte del contorno ribereño de la ciudad son públicos y de libre acceso y circulación.

El puerto de Buenos Aires es del dominio público de la ciudad, que ejerce el control de sus instalaciones, se encuentren o no concesionadas.

Ésta es una norma sumamente compleja, que por razones de brevedad no podemos abordar en profundidad, de la que sostenemos su *constitucionalidad* por las siguientes razones:

- a) por los derechos históricos que tiene la ciudad de Buenos Aires;
- b) por la naturaleza de la ciudad-Estado, como nuevo nivel de gobierno en la federación argentina, emergente de la Ley Suprema de la Nación;
- c) porque no puede concebirse al Estado sin uno de sus elementos esenciales, como el territorio;
- d) porque la Constitución ha distinguido con claridad la ciudad de Buenos Aires de la Capital Federal;
- e) porque para nosotros la ciudad ya no es un territorio federalizado, sino sujeto parcialmente a jurisdicción federal, por ser el asiento de las autoridades federales;
- f) porque esta nueva institución ha surgido en forma definitiva, con prescendencia de la capitalidad, por decisión del poder constituyente de la Nación;
- g) porque el territorio comprende tanto lo terrestre como lo aéreo y lo ribereño;
- h) porque se debe distinguir el "dominio" de la "jurisdicción", v.gr., siendo el Río de la Plata navegable e internacional, y el Riachuelo navegable e interprovincial, es indiscutible la jurisdicción federal por el art. 75, inc. 10, CN, pero el dominio es de la ciudad-Estado, que es ribereña. Lo mismo se puede decir respecto de las islas, si acceden al álveo, como así también a las riberas internas de los ríos. Igualmente corresponden al dominio del nuevo Estado las tierras que no tengan otro dueño, dentro de sus límites⁵⁴;

⁵⁴ Ver el interesante estudio de Pedro J. Frías sobre dominio y jurisdicción en FRÍAS, Pedro J. y otros, *Derecho público provincial*, ps. 323 y ss., y las consagradas obras de MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado del dominio público*, TEA, Buenos Aires, 1960, p. 38, y *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, en los capítulos respec-

i) porque no se interfiere el Tratado del Río de la Plata con el Uruguay ⁵⁵. Para nosotros requiere un comentario especial el último párrafo del art. 8º, Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, destinado al *puerto*. Humberto Quiroga Lavié advierte al respecto: “La disposición constitucional que establece la reserva del dominio público sobre el puerto de la ciudad de Buenos Aires, potestando al gobierno local a ejercer el control de sus instalaciones, se encuentren o no concesionadas, puede entrar en colisión con la legislación nacional, incluso con la propia Constitución Nacional, en la medida en que allí se establece que le corresponde al Congreso ‘habilitar los puertos que considere convenientes’ (inc. 10)” ⁵⁶. Asimismo, el autor indica que el exceso en las atribuciones es más notorio en el caso del art. 80, inc. 6º, sobre la potestad de la Legislatura para dictar la Ley de Puertos de la ciudad, y del art. 104, inc. 20, sobre la facultad del jefe de gobierno para administrar el puerto ⁵⁷.

Pensamos, con una visión integradora de las normas, que el puerto es un establecimiento de utilidad nacional, y, en consecuencia, deben aplicarse los principios del nuevo inc. 30 del art. 75, para dejar a salvo las atribuciones de poder de policía y de imposición del gobierno de la ciudad autónoma de Buenos Aires sobre el puerto, tal como ya lo había reconocido la Corte Suprema en los casos “Cardillo” (Fallos 240:311), “Quesada” (Fallos 248:824) y “Santa Fe” (Fallos 259:413).

Dichos poderes de la ciudad sobre el puerto no pueden afectar las finalidades específicas por las que se estableció la jurisdicción federal. También aquí

tivos donde analiza profundamente el problema de los ríos e islas, dejando siempre a salvo los principios federales. Dice en esta última obra el gran administrativista: “El dominio provincial sobre las islas reconoce los mismos fundamentos jurídicos que el dominio provincial sobre los ríos. [...] La Excma. Suprema Corte de Justicia nacional reconoció el dominio provincial sobre las islas” (p. 523); y sobre los ríos expresa: “El dominio sobre los ríos les pertenece a las provincias, ya se trate de cursos navegables o no navegables, estén exclusivamente situados en el territorio de una provincia o sean interprovinciales” (p. 297). Luego se refiere al notable debate sostenido en el Senado de la Nación, entre Bartolomé Mitre y Dalmacio Vélez Sarsfield, en setiembre de 1869, a raíz del contrato celebrado por el Poder Ejecutivo nacional con Eduardo Madero y Cía., para la construcción del puerto de la ciudad de Buenos Aires, entonces capital de la provincia (ver ps. 297/302). La doctrina constitucional más autorizada y la jurisprudencia posterior avaló los fundamentos federales enunciados magistralmente por Bartolomé Mitre, frente a la tesis unitarizante de Vélez Sarsfield, que quería el dominio de los ríos para la Nación. Recordamos que dicho debate era sobre el Río de la Plata (ver cit., ps. 302/311). Más adelante, Marienhoff indica: “La jurisdicción nacional en materia fluvial tiene como único objeto reglamentar todo lo concerniente a la ‘navegación’ exterior y de las provincias entre sí”, y señala en tal sentido las disposiciones de los arts. 26, 67, incs. 9º y 12, y 108 (ahora 75, incs. 10 y 13, y 126), CN (ver cit., p. 312).

⁵⁵ Ver QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 33, y REY CARO, Ernesto, *El derecho de los cursos de agua internacionales*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1986, p. 79.

⁵⁶ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, cit., p. 35.

⁵⁷ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, cit., ps. 224/225 y 306, respectivamente.

es de aplicación la distinción entre “dominio” y “jurisdicción”, a la cual nos hemos referido anteriormente. Tampoco puede olvidarse, en este tema difícil, la traumática relación entre las provincias y la ciudad portuaria, en torno del histórico problema de la aduana.

2. Régimen de gobierno autónomo

El art. 129 de la *Constitución Nacional* expresa:

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”.

Debemos desentrañar el significado de la frase “régimen de gobierno autónomo”, que es la primera afirmación de la Ley Suprema.

Recordemos que antes mencionamos el significado de estas palabras: “régimen” es una voz de origen latino, con dos acepciones, “modo de gobernarse o regirse una cosa” y “constituciones, reglamentos o prácticas de un gobierno en general o de una de sus dependencias” ⁵⁸; “gobierno” es “alta dirección, la impulsión que parte del centro para activar los negocios en el sentido de una buena política y del interés general”. Si gobierno es “dirección”, administración es “acción complementaria”, según el concepto de Otto Mayer, seguido por Marienhoff ⁵⁹; y “autónomo” deriva incuestionablemente de “autonomía”, que “es una cualidad específica de la corporación, que la distingue de otras corporaciones: su capacidad de gobierno propia, y, con más precisión, su facultad de organizarse, en las condiciones de la ley fundamental, de darse sus instituciones y de gobernarse por ellas con prescindencia de todo otro poder”, según la definición de Dana Montañó ⁶⁰.

El régimen de gobierno autónomo reconocido para esta corporación — que surge de la Constitución Nacional —, comprende: a) *poder constituyente*; b) *jefe de gobierno*; c) *legislación*; d) *jurisdicción*; y e) *administración*.

⁵⁸ Según lo señala el *Diccionario de la Lengua Española*, tal como lo vimos en HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal*, cit., cap. III, al analizar el art. 5º, CN.

⁵⁹ Ver lo que expusimos en el cap. VI sobre el municipio en el Estado en HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal*, cit., al analizar si el municipio tiene carácter político o administrativo, donde asimismo, señalamos que la idea de gobierno importa legislación, jurisdicción y administración.

⁶⁰ También aquí remitimos a HERNÁNDEZ, Antonio M., *Derecho municipal*, cit., cap. VI, donde mencionamos otras definiciones y estudiamos especialmente los problemas de la auto-

Así como hemos distinguido la autonomía "provincial" de la autonomía "municipal" antes de la reforma de 1994, ahora agregamos que este nuevo Estado de la ciudad de Buenos Aires tiene una naturaleza de "ciudad-Estado" con autonomía especial, intermedia entre las que mencionamos inicialmente. De todas maneras, así como su naturaleza se acerca más a la provincia que al municipio, con su autonomía ocurre lo mismo, teniendo en cuenta su régimen específico, que surge de la propia Constitución Nacional.

3. El Estatuto Organizativo

Los constituyentes eligieron la designación de estatuto organizativo para la ciudad de Buenos Aires, para diferenciar la nueva entidad estatal de las provincias y los municipios, conforme su especial naturaleza.

Pero no puede haber ninguna duda de que así como las provincias ejercitan su poder constituyente de segundo grado, mediante la sanción de constituciones provinciales, y los municipios también lo hacen con su poder constituyente de tercer grado y las respectivas cartas orgánicas, la ciudad de Buenos Aires ostenta lo propio según la intergiversable disposición del párr. 3° del art. 129.

Este poder constituyente es consecuencia de la amplia autonomía de la ciudad-Estado, emergente de la norma recientemente mencionada y de la frase "régimen de gobierno autónomo" en particular, como antes lo destacamos⁶¹.

La denominación "Estatuto Organizativo" es, en sustancia, similar a "Constitución", y tiene antecedentes en nuestro derecho público, como, v.gr., el "Estatuto Provisional del Gobierno Superior de las Provincias Unidas del Río de la Plata" de 1811 y el "Estatuto Provisional" de 1815⁶².

Dicho Estatuto Organizativo será el resultado de "los representantes que elijan a ese efecto", como expresa el art. 129, que integran una Convención de la Ciudad de Buenos Aires. A dicha Convención le corresponde la denominación de "Constituyente", de conformidad a la naturaleza de su función⁶³.

Al referirse a la *analogía del Estatuto Organizativo con las constituciones provinciales y las cartas orgánicas municipales*, Bidart Campos sostuvo la mayor

⁶¹ Dice, al respecto, Jorge Vanossi: "Abonando la autonomía está claro que el pueblo de la ciudad va a elegir representantes que van a dictar su Estatuto Organizativo. Esto es, una suerte de poder constituyente, sustancialmente hablando. Es decir, van a dictar la norma por la cual se va a regir la ciudad en términos muy parecidos a los del poder constituyente de segundo grado que tienen las provincias" (VANOSI, Jorge R., "Autonomía... *ma non troppo*", cit., p. 1).

⁶² Ver PEREIRA PINTO, Juan C., *Los antecedentes constitucionales argentinos*, El Coloquio de Económicas, Buenos Aires, 1968, ps. 46 y 70. El autor incluso escribe sobre los proyectos de "estatutos constitucionales", al referirse a los proyectos de constituciones presentados en la Asamblea del año XIII (p. 59).

⁶³ En tal sentido compartimos la afirmación de Vanossi, de que no es pertinente la designación de "estatuyente" (VANOSI, Jorge R., "Autonomía... *ma non troppo*", cit., p. 1), ya que no existe la palabra en el *Diccionario de la Lengua Española*.

proximidad con estas últimas⁶⁴. Nosotros, en cambio, pensamos lo contrario, no sólo por la naturaleza de la ciudad-Estado sino también por la comparación entre el Estatuto ya sancionado con los citados instrumentos constitucionales. En efecto, estimamos que tanto en la parte dogmática como en la parte orgánica del Estatuto hay más analogía con una Constitución provincial que con una carta orgánica municipal.

Una pregunta fundamental es si el Estatuto *debe adecuarse directamente a la Constitución Nacional o indirectamente, por medio de las leyes reglamentarias* previstas de garantías del Estado federal mientras Buenos Aires siga siendo capital y de convocatoria de representantes para la sanción del Estatuto.

La cuestión surge del art. 129 y de las disposiciones transitorias séptima y decimoquinta, y ha originado graves problemas de interpretación, tanto en el Congreso, como en la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires y en la doctrina.

El tema se vincula con la naturaleza y el alcance de la autonomía que se reconozca a la ciudad de Buenos Aires y esto explica que para algunos —entre los cuales nos encontramos— el Estatuto deba adecuarse directamente a la Constitución que estableció la plena autonomía, mientras que otros estiman que el Congreso indicará con sus leyes reglamentarias los contenidos de la autonomía, que así aparece restringida.

De alguna manera este problema fue abordado en los extensos debates de la ley 24.588, de garantías, en el Congreso, como más adelante veremos, donde la *mayoría oficialista impuso el segundo criterio*. Pero la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires adoptó el *primer criterio* y explícitamente resolvió, el 2 de agosto de 1996:

"Art. 1°: Declarar que esta Asamblea Constituyente no conoce otros límites para su labor que no sean los que surgen de los arts. 129 y concs., CN.

Art. 2°: Rechazar por inconstitucional las limitaciones impuestas a la plena autonomía de la ciudad de Buenos Aires por las leyes 24.588 y 24.620 en cuanto impongan restricciones al régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción establecidas en la Constitución Nacional.

Art. 3°: Reivindicar la facultad de esta Asamblea Constituyente para fijar los modos y plazos de la convocatoria a elecciones legislativas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Art. 4°: Dirigirse al Congreso de la Nación solicitando la urgente modificación de la ley 24.588 —de garantía de los intereses del Estado nacional— a fin de garantizar a la ciudad de Buenos Aires la plena autonomía que establece el art. 129, CN.

163

⁶⁴ BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional argentino*, cit., p. 545.

En el plano doctrinario ya expresamos que esto se relaciona con la posición que se sostenga sobre la naturaleza y alcance de la autonomía de la ciudad de Buenos Aires y sobre esa base se puede colegir las opiniones de los autores, anteriormente citadas⁶⁵.

Estos problemas se originaron por las dificultades que existieron en el momento de acordar la redacción de estas normas constitucionales, por parte de la comisión que redactó el proyecto de Núcleo de Coincidencias Básicas. Es evidente que los constituyentes del radicalismo siempre defendimos la idea de una autonomía plena, mientras que algunos sectores del justicialismo pensaban en una autonomía más restringida. Y esto se observó luego en el debate en el seno de la Convención Constituyente y posteriormente en el Congreso de la Nación y en la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires.

Más adelante consideraremos estas leyes del Congreso, las 24.588 y 24.620, que estimamos inconstitucionales, por lo que esperamos que oportunamente se produzcan las correcciones legislativas pertinentes, a fin de que se respete integralmente la letra y espíritu del art. 129, CN.

Mientras tanto, con la mayor prudencia política, deberán ponerse en marcha las instituciones de la ciudad autónoma de Buenos Aires, habida cuenta de la imperiosa necesidad de asegurar las mejores relaciones interjurisdiccionales posibles entre los gobiernos federal, provincial de Buenos Aires, de los municipios de área metropolitana y de la ciudad de Buenos Aires, que deben afrontar con un criterio de planeamiento estratégico el futuro de la megalópolis argentina rumbo al siglo XXI.

Los eventuales conflictos de competencia deberán ser dirimidos por la interpretación final e irrevocable de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde si se pone en marcha dicha instancia judicial, esperamos que el alto tribunal certifique la plena autonomía que para nosotros surge con claridad del texto constitucional sancionado en Santa Fe y Paraná.

Debemos analizar las *disposiciones transitorias de la Constitución* vinculadas al Estatuto Organizativo. La *decimoquinta* prescribió, en su párr. 1º, que “hasta tanto se constituyan los poderes que surjan del nuevo régimen” de la ciudad de Buenos Aires, el Congreso “ejercerá una legislación exclusiva sobre su territorio, en los mismos términos que hasta la sanción de la presente”. Este párrafo cumplió su objetivo, puesto que ya fue sancionado el Estatuto Organizativo.

El párr. 2º de la disposición transitoria indicó que “el jefe de gobierno será elegido durante el año mil novecientos noventa y cinco”. Este mandato también

⁶⁵ En este sentido, SPOTA, Alberto, “Naturaleza político-institucional de la ciudad de Buenos Aires en el texto de la Constitución vigente a partir de agosto de 1994”, LL del 28/2/1995; y CASSAGNE, Juan C., “La problemática política, constitucional y administrativa de los municipios y su autonomía a la luz de la Constitución reformada”, LL del 1º/3/1995, al no reconocer la más plena autonomía para la ciudad, otorgan especial prioridad a la sanción congresional para la determinación del alcance de sus competencias.

se cumplió, aunque debe destacarse que se violó la Constitución, ya que la elección se produjo en 1996; corroborándose con este hecho la inadecuada reglamentación que se está efectuando de la reforma constitucional —bajo nuestro punto de vista—, en esta etapa postconstituyente, esencial para alcanzar las grandes finalidades de la Ley Suprema reformada.

El párr. 3º ordenaba que “la ley prevista en los párrs. 2º y 3º del art. 129 deberá ser sancionada dentro del plazo de doscientos setenta días a partir de la vigencia de esta Constitución”. Ya veremos que también se cumplió este mandato, pues el Congreso sancionó las leyes 24.588 de garantías y 24.620 de convocatoria a elecciones de representantes que debían dictar el Estatuto Organizativo, aunque debemos señalar que tampoco se cumplieron los plazos indicados por la Ley Suprema. Expresamos también que esta violación de la Constitución originó además otra situación compleja: el jefe de gobierno asumió sus funciones antes de que se sancionase el Estatuto Organizativo y antes de la elección de los miembros del Poder Legislativo de la ciudad.

Estos problemas fueron resueltos por la cláusula transitoria sancionada por la Convención de Representantes de la Ciudad de Buenos Aires con fecha 19 de julio de 1996, que dispuso:

1. Convocar a los ciudadanos electos como jefe y vicejefe de gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, elegidos en los comicios del 30 de junio pasado, para que asuman sus funciones el día 6 de agosto de 1996 a la hora 11.00, en el Salón Dorado del honorable Concejo Deliberante. En dicho acto prestarán juramento de práctica ante esta Convención.

2. Los ciudadanos convocados se desempeñarán con los títulos de jefe y vicejefe de gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respectivamente, hasta la sanción del Estatuto Organizativo o Constitución. Hasta ese momento, el jefe de gobierno ejercerá el Poder Ejecutivo de la ciudad con las atribuciones que la ley 19.987 asignaba al antiguo intendente municipal de la ciudad de Buenos Aires. El vicejefe de gobierno lo reemplazará en caso de vacancia, ausencia o impedimento y ejercerá, además, todas las funciones que el jefe de gobierno le delegue. Sancionado el Estatuto o Constitución, sus atribuciones se adecuarán a lo que éste disponga.

3. El jefe de gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en ningún caso podrá emitir disposiciones de carácter legislativo, salvo circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios y, en dicho supuesto, que no se trate de normas que regulen materias tributarias, contravencionales, electorales y del régimen de los partidos políticos. Dichas normas deberán ser ratificadas oportunamente por el órgano legislativo de la ciudad de Buenos Aires.

4. Desde el 6 de agosto de 1996 y hasta la sanción del Estatuto Or-

texto de la ley 19.987 y la legislación vigente a esa fecha, de cualquier jerarquía, constituirá la normativa provisional de la ciudad, en todo cuanto sea compatible con su autonomía y con la Constitución Nacional.

El cuarto y último párrafo de esta disposición transitoria dispuso que "hasta tanto se haya dictado el Estatuto Organizativo la designación y remoción de los jueces de la ciudad de Buenos Aires se regirá por las disposiciones de los arts. 114 y 115 de esta Constitución". Este párrafo también se ha cumplido, pero ya veremos los problemas suscitados por la ley 24.588 de garantías.

La disposición transitoria *séptima*, correspondiente al art. 75, inc. 30, estableció: "El Congreso ejercerá en la ciudad de Buenos Aires, mientras sea capital de la Nación, las atribuciones legislativas que conserve con arreglo al art. 129".

La norma está en ejecución, pues Buenos Aires sigue siendo capital y también se ha dictado el Estatuto Organizativo y la ley 24.588, de garantías, que indica las atribuciones del Poder Legislativo de la Nación al respecto, la cual comentaremos seguidamente.

4. La ley 24.588 de garantías

La ley 24.588, de garantías del Estado nacional mientras Buenos Aires siga siendo Capital Federal, fue sancionada el 8 de noviembre de 1995 por el Senado de la Nación, sobre la base de un proyecto presentado por el senador Antonio Cafiero y otros, que después de ser aprobado por la Cámara de Senadores, recibió modificaciones en la Cámara de Diputados y finalmente fue votado en la fecha antes indicada por la Cámara Alta.

El texto de la ley es el siguiente:

Art. 1º: La presente ley garantiza los intereses del Estado nacional en la ciudad de Buenos Aires, mientras sea Capital de la República Argentina, para asegurar el pleno ejercicio de los poderes atribuidos a las autoridades del gobierno de la Nación.

Art. 2º: Sin perjuicio de las competencias de los artículos siguientes, la Nación conserva todo el poder no atribuido por la Constitución al gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires, y es titular de todos aquellos bienes, derechos, poderes y atribuciones necesarios para el ejercicio de sus funciones.

Art. 3º: Continuarán bajo jurisdicción federal todos los inmuebles sitios en la ciudad de Buenos Aires, que sirvan de asiento a los poderes de la Nación así como cualquier otro bien de propiedad de la Nación o afectado al uso o consumo del Sector Público nacional.

Art. 4º: El gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires se regirá por las instituciones locales que establezca el Estatuto Organizativo que se dicte al efecto. Su jefe de gobierno, sus legisladores y demás funcionarios serán elegidos o designados sin intervención del gobierno nacional.

Art. 5º: La ciudad de Buenos Aires será continuadora a todos sus efectos de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. La legislación nacional o municipal vigente en la ciudad de Buenos Aires a la fecha de entrada en vigencia del Estatuto Organizativo, al que se refiere el art. 129, CN, seguirá siendo aplicable, en tanto no sea derogada o modificada por las autoridades nacionales o locales, según corresponda.

Art. 6º: El Estado nacional y la ciudad de Buenos Aires celebrarán convenios relativos a la transferencia de organismos, funciones, competencias, servicios y bienes.

Art. 7º: El Gobierno nacional seguirá ejerciendo, en la ciudad de Buenos Aires, su competencia en materia de seguridad y protección de las personas y bienes.

La Policía Federal Argentina continuará cumpliendo funciones de policía de seguridad y auxiliar de la justicia en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, dependiendo orgánica y funcionalmente del Poder Ejecutivo nacional.

La ciudad de Buenos Aires y el Estado nacional suscribirán los convenios necesarios para que éste brinde la cooperación y el auxilio que le sean requeridos para garantizar el efectivo cumplimiento de las órdenes y disposiciones emanadas de los órganos de gobierno de la ciudad de Buenos Aires.

La ciudad de Buenos Aires podrá integrar el Consejo de Seguridad. No podrá crear organismos de seguridad sin autorización del Congreso de la Nación.

Art. 8º: La justicia nacional ordinaria de la ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación.

La ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales.

Art. 9º: El Estado nacional se reserva la competencia y la fiscalización, esta última en concurrencia con la ciudad y las demás jurisdicciones involucradas, de los servicios públicos cuya prestación exceda el territorio de la ciudad de Buenos Aires.

Art. 10: El Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia continuarán en jurisdicción del Estado nacional.

Art. 11: Los agentes públicos que presten servicios actualmente en el Estado nacional y fueren transferidos a la ciudad de Buenos Aires, conservarán el nivel escalafonario, remuneración, antigüedad, derechos previsionales que les correspondan en conformidad a la legislación vigente y encuadramiento sindical y de obra social que tuvieren al momento de la transferencia.

164

Los agentes públicos que presten servicios actualmente en la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires conservarán el nivel escalafonario, remuneración, antigüedad, derechos previsionales y encuadramiento sindical y de obra social que tuvieron al momento de la constitución del gobierno autónomo.

Art. 12: La ciudad de Buenos Aires dispondrá de los recursos financieros que determine su Estatuto Organizativo con sujeción a lo que establecen los incs. b), c), d) y e) del art. 9º, ley 23.548.

Art. 13: La administración presupuestaria y financiera de la ciudad de Buenos Aires se regirá por su propia legislación y su ejecución será controlada por sus organismos de auditoría y fiscalización.

Art. 14: La ciudad de Buenos Aires podrá celebrar convenios y contratar créditos internacionales con entidades públicas o privadas siempre que no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no se afecte el crédito público de la misma, con la intervención que corresponda a las autoridades del gobierno de la Nación.

Art. 15: Créase en el ámbito del Congreso de la Nación la Comisión Bicameral "Ciudad de Buenos Aires" integrada por seis senadores y seis diputados quienes serán elegidos por sus respectivos cuerpos, la que dictará su reglamento y su estructura interna.

Dicha comisión tendrá como misión:

a) supervisar el proceso de coordinación que se lleve adelante entre el Poder Ejecutivo nacional y el Gobierno de la ciudad de Buenos Aires conforme a las disposiciones de esta ley, debiendo informar a los respectivos cuerpos legislativos sobre la marcha de dicho proceso;

b) formular las observaciones, propuestas, recomendaciones y opiniones que estime pertinentes.

Para cumplir su cometido, la citada comisión deberá ser informada, a su requerimiento, de toda circunstancia que se produzca en el desarrollo de los procedimientos relativos a la presente ley, remitiéndose con la información la documentación respaldatoria correspondiente.

Art. 16: El Estatuto Organizativo de la ciudad de Buenos Aires dispondrá la fecha a partir de la cual quedará derogada la ley 19.987 y sus modificatorias, así como toda norma que se oponga a la presente y al régimen de autonomía para la ciudad de Buenos Aires.

Art. 17: Comuníquese, etc.

En el extenso debate producido, se destacaron en el Senado las exposiciones de los senadores Snopce, Cafiero, Alasino y Menem que fundamentaron la posición de la mayoría, y de los senadores de la Rúa, Villarroel y Solari Irigoyen, que lo hicieron por la minoría ⁶⁶.

⁶⁶ Ver el *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación*, correspondiente a las sesiones de los días 13 y 19 de julio, y 1º y 8 de agosto de 1995.

En la Cámara de Diputados de la Nación debemos mencionar las intervenciones de los diputados Arias, Argüello y Bullrich por la mayoría, y de los diputados Olivera, Fernández Meijide, Polino, Mathov, Gauna, Natale y propia, por la minoría ⁶⁷.

Nosotros sostuvimos la inconstitucionalidad de los arts. 2º, 7º, 8º y 10 del proyecto que se debatía, luego sancionado como ley ⁶⁸.

⁶⁷ Ver el *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, correspondiente a las sesiones de los días 20, 21 y 28 de setiembre, y 4, 18 y 25 de octubre de 1995.

⁶⁸ Dijimos en la sesión del 20 y 21 de setiembre de 1995 en la Cámara de Diputados de la Nación: "Los arts. 2º, 7º, 8º y 10 de este Proyecto de ley constituyen otra flagrante violación de la Constitución, como ya lo señalara mi colega de bancada el diputado Olivera. ¿Cómo es posible que no le reconozcamos a la ciudad de Buenos Aires facultades en materia de ejercicio de poder de policía? ¿Cómo es posible que no se pueda gobernar la policía de seguridad? ¿Qué fundamento constitucional, qué razonabilidad política, jurídica y económica existe para que siga actuando aquí la Policía Federal? ¿Qué razonabilidad, qué constitucionalidad existe para esta curiosísima interpretación del art. 129 de la Constitución en el art. 8º del proyecto? ¿Cómo es posible que algunos quieran aducir el inc. 12 del art. 75 para afirmar que aquí no puede haber jurisdicción en materia civil o penal? [...] ¿Acaso a fines del siglo XX vamos a creer que un juez de provincia no puede tener la capacidad de juzgar en materia civil o penal, o vamos a considerar que los jueces de la ciudad de Buenos Aires con un *status* especial no van a tener la probidad, la jerarquía y la capacidad de resolver en estas materias? ¿Sólo se les reconocerá la posibilidad de resolver en materia de vecindad, contravencional, de faltas, contencioso-administrativo o en materia tributaria local? [...] Quisiera saber cuál es la razonabilidad por la que se transfiere a la ciudad de Buenos Aires el Registro de la Propiedad Inmueble y no ocurre lo propio con la Inspección General de Justicia". Ya en el debate en particular, en la sesión del 18 de octubre, expresamos: "De alguna manera, varios legisladores pensaron que el art. 129 de la Constitución tenía que ser reglamentado por el Congreso, y que los principios de la organización definitiva de la autonomía de la ciudad de Buenos Aires tenían que surgir de esta ley. Me opongo terminantemente a esta forma de interpretar la Constitución. La interpretación del art. 129 es absolutamente clara. Hemos dicho, tanto en el debate en general como en un momento anterior de esta consideración en particular, que hay cuatro órdenes de gobierno en la ciudad de Buenos Aires. Sostenemos que hay una autonomía superior a las autonomías municipales porque no otra cosa significa la jurisdicción de tipo judicial que indudablemente emerge no sólo del art. 129 sino también de la disposición transitoria decimoquinta que hace referencia al Consejo de la Magistratura y al Jurado de Enjuiciamiento, previstos en los arts. 114 y 115 del texto constitucional. [...] Si la ley es clara y distingue, nosotros no podemos ni debemos dejar de distinguir. Éste es un principio elemental de la hermenéutica jurídica. La Constitución, que es la que ha consagrado el *status* especial para la ciudad de Buenos Aires, ha indicado cómo es este tipo de autonomía, pero resulta que este Proyecto de ley se está alejando de la letra y el espíritu de la norma constitucional. Esto ya ocurrió en el art. 7º que priva a la ciudad de Buenos Aires de la posibilidad de tener su propia policía. La idea de autonomía limitada se repite en este art. 8º a través del no reconocimiento de ciertas facultades judiciales fundamentales, como lo dijo con toda elocuencia el diputado Gauna. ¿Por qué la ciudad de Buenos Aires no va a tener justicia electoral, civil, comercial, penal o laboral? No existe ningún argumento, para fundamentar este artículo que, evidentemente, apunta a un tipo de autonomía limitada, que en modo alguno emerge —insisto— de la Constitución Nacional. Es cierto que se lesiona al pueblo de la ciudad de Buenos Aires, que no va a poder gozar integralmente de su autonomía. Permítaseme tener una leve discrepancia con mi querido correligionario, el diputado Mathov; no sólo se lesiona al pueblo de la ciudad de Buenos Aires, sino también al del interior del país. No entendemos cuál es la razón en virtud de la cual los hombres de las provincias vamos a tener que pagar la justicia nacional o federal en materia electoral, civil, comer-

Como ya lo vimos, la Convención de la Ciudad de Buenos Aires ha sostenido la inconstitucionalidad de esta ley de garantías y solicitado la modificación de dicho instrumento legal. Asimismo, en el Estatuto Organizativo se hace referencia a las distintas materias de la competencia de la ciudad por la ley 24.588, como, v.gr., la disposición transitoria decimotercera que faculta al gobierno de la ciudad a convenir con el gobierno federal que los jueces nacionales de los fueros ordinarios de la ciudad, de cualquier instancia, sean transferidos al Poder Judicial de la ciudad, conservando su inamovilidad y jerarquía, cuando se disponga que la justicia ordinaria del territorio de la ciudad sea ejercida por sus propios jueces⁶⁹.

La restricción de la autonomía producida por las leyes 24.588 y 24.620 y la necesidad de modificación de la primera de ellas

No obstante la claridad y alcance de las facultades reconocidas a la ciudad autónoma por el art. 129, al reglamentarlo por medio de las leyes 24.588 (de garantías del Estado nacional) y 24.620 (de convocatoria a elecciones) el Congreso de la Nación restringió profundamente dicha autonomía plena.

riendo?”. Y antes, también en el debate en particular, en la sesión del día 4 de octubre, dijimos en relación al art. 2° del Proyecto: “En el art. 2° se comete un grueso error de carácter constitucional. Es más: se altera uno de los principios fundamentales del derecho público argentino. Posiblemente, la delimitación de competencias sea el tema más complejo que se presente a un Estado federal. En el derecho comparado se conocen tres sistemas para delimitar las competencias de los gobiernos estatales o provinciales. Uno de ellos lo adopta la Argentina, y consiste en que las provincias conservan las facultades no delegadas al gobierno federal, junto con las que ellas mismas se han reservado. El segundo sistema se basa en que las facultades no enumeradas corresponden al gobierno federal. Finalmente, una tercera variante radica en expresar taxativamente cuáles son las facultades tanto del gobierno federal como de los gobiernos provinciales. La Argentina —luego de las cruentas luchas entre unitarios y federales— resolvió esta cuestión en el viejo art. 104, que en opinión del maestro Joaquín V. González importa resumir el derecho histórico de los argentinos. En virtud de esta norma —así lo han reconocido la doctrina y los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación—, las facultades no delegadas expresamente corresponden a las provincias. Por el contrario, el gobierno federal tiene facultades delegadas en forma expresa, que determinan, por ejemplo, las competencias de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial de la Nación. También puede existir una delegación implícita, como la correspondiente a las facultades que tiene el Congreso de la Nación, pero no hay ninguna duda de que las facultades que no sean delegadas en forma expresa o implícita corresponden a las provincias. Éste es un principio absolutamente cardinal en el derecho público argentino. Por eso resulta un grueso error de naturaleza constitucional la curiosa redacción del art. 2° del dictamen de la mayoría, donde a un gobierno con facultades limitadas —expresa o implícitamente delegadas, como es el gobierno de la Nación— se le reconoce este tipo de competencias, que sólo corresponden a los gobiernos provinciales”.

⁶⁹ Este proceso comenzó durante la presidencia de Carlos Menem, al constituirse una comisión que analizó la transferencia de la justicia nacional a la ciudad, más allá de algunas objeciones planteadas en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación. Ya veremos más adelante que posteriormente, durante las Presidencias de Fernando de la Rúa y Néstor Kirchner se firmaron dos convenios de transferencia.

Deteniéndonos nuevamente en la primera de las leyes mencionadas, indicamos que se estableció en el art. 2° que las facultades “conservadas” o “residuales” correspondían al gobierno federal y no a la ciudad autónoma; en el art. 7°, que “La Policía Federal Argentina continuará ejerciendo funciones de policía de seguridad y auxiliar de la justicia en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, dependiendo orgánica y funcionalmente del Poder Ejecutivo nacional”; en el art. 8°: “La justicia nacional ordinaria de la ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación. La ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales”; y en el art. 10: “El Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia continuarán en jurisdicción del Estado nacional”.

No obstante la flagrante contradicción de esta legislación con la Ley Suprema, mantuvo su vigencia hasta ahora, con la sola modificación que más adelante mencionaremos.

Sin embargo, se suscribieron dos convenios entre el gobierno federal y la ciudad autónoma a los fines de la “Transferencia progresiva de competencias penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma”, con fechas 7/12/2000 y 1/6/2004.

En el primero, suscripto por el presidente De la Rúa y el jefe de gobierno Ibarra se transfería para su juzgamiento el problema de la tenencia de armas de uso civil, su suministro indebido y su portación en la vía pública. Dicho convenio fue aprobado por ley de la Legislatura porteña 597, sancionada con fecha 3/5/2001 y por ley del Congreso de la Nación 25.272, sancionada con fecha 2/7/2003 y promulgada tácitamente el 25 de julio de dicho año.

En dicho convenio se declaró que “...Más allá del debate doctrinario sobre el *status* de la ciudad, en cuanto a su identificación con las provincias, resulta claro que el *desideratum* de la norma constitucional es concluir en una autonomía jurisdiccional plena, en los mismos términos que gozan las provincias”.

El segundo convenio, suscripto por el presidente Kirchner y el mismo jefe de gobierno, se refería a la transferencia del juzgamiento de los siguientes delitos: lesiones en riña, abandono de personas, omisión de auxilio, exhibiciones obscenas, matrimonios ilegales, amenazas, violación de domicilio, usurpación, daños, ejercicio ilegal de la medicina y los tipificados en las leyes 13.944, 14.346 y art. 3°, ley 23.592.

Dicho convenio fue aprobado por la ley 2527 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma, sancionada con fecha 14/12/2006 y promulgada el 16/1/2007. A pesar del tiempo transcurrido desde su celebración, el Congreso todavía no lo ha aprobado, lo que ha originado diversos fallos judiciales sobre su vigencia.

En este convenio se declaró que “La reforma constitucional del año 1994 consagró la autonomía legislativa, jurisdiccional y administrativa de la ciudad de Buenos Aires (art. 129, CN), contribuyendo, de ese modo, al fortalecimiento del sistema federal argentino. En ese marco constitucional, se ha iniciado un ámbito local con la aprobación del con-

165

venio suscripto el 7/12/2000 entre el gobierno nacional y el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ratificado por ley nacional 25.752 y ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 597, respectivamente. Las atribuciones para convenir la transferencia ordenada de competencias, a su vez, resultan del art. 129, CN, del art. 6º, ley 24.588, y de la cláusula transitoria decimotercera de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

A pesar de estas categóricas afirmaciones que confirman el exacto y elevado propósito perseguido por los constituyentes de 1994, la merá comprobación de las fechas nos indica la exasperante lentitud en el proceso de transferencia de competencias judiciales que corresponde ejercer por mandato de la Constitución Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Además nos demuestra que la vía alternativa de los convenios no es la adecuada para este resolver problema de enorme importancia.

Debemos expresar que más allá de las buenas intenciones perseguidas por estos convenios, la solución correcta e integral de esta importante cuestión no es otra que la de cumplir el mandato de la Constitución Nacional y transferir toda la llamada justicia ordinaria o nacional de la Capital a la ciudad autónoma, a través de la modificación de la ley 24.588.

Actualmente están a cargo del Poder Judicial federal 893 jueces y camaristas federales, de los cuales 628 prestan servicios en la ciudad de Buenos Aires y sólo 265 en el resto del país. Y esta desproporción se explica porque no se ha producido la transferencia de aquella justicia ordinaria —que por cierto no es federal— y que está integrada por más de 500 magistrados.

Esto significa otra grave lesión al federalismo argentino, ya que toda la ciudadanía de la Nación contribuye por estas funciones que corresponden a la ciudad. Y lo propio ocurre con la Policía Federal y las reparticiones antes mencionadas del art. 10.

Aquí se demuestra una vez más el grave incumplimiento de la Ley Suprema que padecemos, como expresión de nuestra deficiente cultura constitucional⁷⁰.

Insistimos en que bajo nuestro punto de vista, la ley de garantías sólo puede tener por objeto aquellos aspectos vinculados con el asiento de los poderes federales en la ciudad de Buenos Aires, mientras siga siendo la capital. La reforma constitucional acabó con la jefatura local del presidente y el Congreso continúa como legislatura local, pero sólo en el estrecho margen que resulta de las atribuciones ahora correspondientes a la ciudad de Buenos Aires —según

⁷⁰ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M. - ZOVATTO, Daniel - MORA Y ARAUJO, Manuel, *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

Es que la anomia —como lo enseñara Carlos Nino en su libro *Un país al margen de la ley*— no sólo es “antidemocrática” (porque se desconoce la sanción constitucional) sino que además es “boba”, por los daños que produce, como claramente se observa en este caso.

¿Hasta cuándo soportaremos una autonomía restringida y mutilada de la ciudad de Buenos Aires? ¿Cuándo comenzaremos a cumplir en su integridad la Constitución, que es la Ley Suprema y pacto fundamental de los argentinos?

el art. 129 de la Constitución y la disposición transitoria séptima— y que están explicitadas en el Estatuto Organizativo.

Como consecuencia de lo señalado sobre las restricciones inconstitucionales a la autonomía plena, hace muy poco tiempo el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.288, con fecha 22/8/2007, promulgada el 6 de septiembre de este año, que dispuso una modificación al art. 7º, ley 24.588, a los fines de reconocer a la ciudad autónoma el ejercicio de sus atribuciones en materia de seguridad.

El texto de la ley es el siguiente:

Art. 1º: Sustitúyese el texto del art. 7º, ley 24.588, por el siguiente:

Art. 7º: El gobierno nacional ejercerá en la ciudad de Buenos Aires, mientras sea Capital de la República, sus funciones y facultades en materia de seguridad con la extensión necesaria para asegurar la efectiva vigencia de las normas federales. El gobierno de la ciudad de Buenos Aires ejercerá las funciones y facultades de seguridad en todas las materias no federales. El gobierno nacional las seguirá ejerciendo hasta tanto aquel ejercicio sea efectivamente asumido por el gobierno de la ciudad de Buenos Aires. La ciudad de Buenos Aires podrá integrar el Consejo de Seguridad Interior.

Art. 2º: Cláusula transitoria única: Definidas por el gobierno nacional las estructuras necesarias para garantizar sus competencias federales, celebrará con la ciudad de Buenos Aires los convenios necesarios para hacer efectivo lo establecido en el art. 1º de la presente ley, con arreglo a lo dispuesto en el art. 6º, ley 24.588.

Art. 3º: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Consideramos un avance la sanción de esta norma —en la línea de pensamiento que venimos sosteniendo—, ya que remueve uno de los obstáculos para el ejercicio de la plena autonomía, como es el ejercicio de las facultades y competencias en torno a la seguridad. Sin embargo, está ahora en pleno debate político el cumplimiento de la norma, con relación a la transferencia de los fondos y de parte de la Policía Federal a la ciudad autónoma. Ante el reclamo de las autoridades electas de la ciudad autónoma, el gobierno federal sostiene que no corresponde enviar dichos fondos, pues así se afectaría la coparticipación de las provincias.

Frente a ello, somos de la opinión de que urge en este aspecto respetar tanto el art. 75, inc. 2º, como la disposición transitoria sexta de la Ley Suprema de la Nación, que establecen como principio que no puede haber transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos. Asimismo, reiteramos nuestra convicción sobre la imperiosa necesidad de comenzar cuanto antes el debate para la sanción de la nueva ley convenio de coparticipación impositiva, que es el marco donde se debe analizar estas cuestiones, esenciales para el federalismo fiscal argentino y para el cumplimiento del gran proyecto federal de la Constitución Nacional.

Por otra parte, también insistimos en la modificación de la ley 24.588 para asegurar la autonomía plena de la ciudad autónoma, en cumplimiento del art. 129, Ley Suprema, como lo hemos sostenido anteriormente.

5. La ley 24.620

La ley 24.620, de convocatoria a la elección del jefe y vicejefe de gobierno y de sesenta representantes para el dictado del Estatuto Organizativo, fue sancionada el 21/12/1995.

Su texto fue el siguiente:

Art. 1º: Convócase a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires, a la elección de un jefe y vicejefe de gobierno y de sesenta (60) representantes que dictarán el Estatuto Organizativo de sus instituciones previsto por el art. 129, CN.

El Poder Ejecutivo nacional realizará la convocatoria y el acto electoral antes del 30 de junio de 1996.

Art. 2º: El Poder Ejecutivo nacional convocará asimismo a la elección de sesenta (60) miembros del Poder Legislativo de la ciudad de Buenos Aires, conforme a las disposiciones del Código Electoral Nacional y una vez que los representantes hayan dictado el Estatuto Organizativo a que hace referencia el art. 1º.

Art. 3º: Los representantes y los miembros del Poder Legislativo serán elegidos directamente por los habitantes de la ciudad de Buenos Aires, conformando a este efecto un distrito único y con arreglo al sistema de representación proporcional D'Hont, conforme a la ley vigente en la materia para la elección de diputados nacionales.

El jefe de gobierno y vicejefe de gobierno serán elegidos en forma directa por el pueblo, por la lista completa y a simple pluralidad de sufragios considerándose a ese efecto a la ciudad como distrito único.

Art. 4º: A los fines de la presente ley la elección se regirá por las disposiciones del Código Electoral Nacional, utilizándose el padrón electoral nacional empleado para la elección del 8 de octubre de 1995.

Art. 5º: Para ser jefe de gobierno, vicejefe de gobierno, representante y miembro del Poder Legislativo se requieren las mismas condiciones que para ser diputado nacional. El cargo de representante es incompatible únicamente con el de miembro del Poder Judicial de la Nación.

Art. 6º: Los representantes gozarán de todos los derechos, prerrogativas e inmunidades inherentes a los diputados de la Nación y no tendrán compensación económica. Podrán sin embargo hacer uso de licencia con goce de sueldo en sus lugares de trabajo y mientras duren en sus funciones.

Art. 7º: La asamblea de representantes iniciará su labor dentro de los veinte (20) días corridos de realización de la elección de representantes y

finalizará su cometido en el plazo de cuarenta y cinco (45) días, pudiendo el cuerpo en caso de necesidad prorrogar su mandato por treinta (30) días. Serán nulas de nulidad absoluta todas las normas que la asamblea de representantes dicte con posterioridad a dicho término.

Art. 8º: La asamblea de representantes deberá crear todos los órganos de gobierno necesarios para ejercer las funciones administrativas, jurisdiccionales y legislativas en el territorio de la ciudad de Buenos Aires en el marco de la autonomía establecida en el art. 129, CN, y sin afectar lo dispuesto por la ley que garantiza los intereses del Estado nacional mientras sea capital de la República, siendo nulo y de nulidad absoluta todo aquello que sancione la asamblea, que implique una derogación o modificación de disposiciones constitucionales, de la ley de garantías antes referida o de la presente ley.

Art. 9º: La asamblea de representantes será juez último de la validez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros y se regirá por el reglamento interno con que se rigió la Asamblea Constituyente de 1994, sin perjuicio de la facultad de la asamblea de modificarlo.

Art. 10: La asamblea de representantes desarrollará sus sesiones en el Centro Cultural General San Martín de la ciudad de Buenos Aires o en el lugar que la misma determine.

Art. 11: Autorízase al Poder Ejecutivo nacional a realizar los gastos necesarios que demande la ejecución de esta ley. También se lo faculta a efectuar las reestructuraciones y modificaciones presupuestarias que resulten necesarias a este fin.

Art. 12: Incorpórase como cláusula transitoria de la ley 19.987 la siguiente:

“Hasta el momento en que finalice su cometido la asamblea de representantes y asuman las nuevas autoridades electas, el Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires continuará en sus funciones, sin menoscabo de sus atribuciones, compuesto sólo por los concejales electos del 3 de octubre de 1993.

“Al solo efecto del cómputo del quórum y mayorías previstas en esta ley el número de miembros será considerado de treinta (30)”.

Art. 13: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Si bien la ley ya se ha cumplido, puesto que se celebraron las elecciones el 30/6/1996, eligiéndose al jefe y vicejefe de gobierno y a los convencionales que ya sancionaron el Estatuto Organizativo en los plazos fijados, estimamos pertinente efectuar algunas consideraciones.

En efecto, también pensamos que fueron inconstitucionales los arts. 2º, 3º y 8º de dicho instrumento legal. El art. 2º estableció que era el Poder Ejecutivo de la Nación quien debía convocar a la elección de sesenta miembros del Poder Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires, y, en consecuencia, efectuamos una

ridades locales quienes efectuasen la convocatoria, en virtud de sus atribuciones indiscutibles en materia electoral; y 2) no debió fijarse el número de miembros del Poder Legislativo de la ciudad, por cuanto esa atribución correspondía a la Convención de Representantes de la Ciudad de Buenos Aires, en razón de su autonomía consagrada por el art. 129, CN.

El art. 3° dispuso la forma de elección de los miembros del Poder Legislativo, y esto también constituyó un avasallamiento de las facultades de la Convención, y por último, el art. 8° pretendió subordinar la Convención a las dos leyes sancionadas por el Congreso: 24.588 y la recién transcrita, cuando para nosotros la gradación jerárquica de las normas importa el acatamiento a la Constitución y a las leyes que en su consecuencia se dicten, según ordena el art. 31, Ley Suprema. Pero en este caso hemos dicho que ambas leyes no han respetado ni los plazos, ni la letra, ni el espíritu de la reforma constitucional de 1994.

Éste es el criterio también sostenido por la Convención de Representantes, que en el Estatuto Organizativo ha reivindicado las atribuciones correspondientes, en virtud de la autonomía reconocida a la ciudad de Buenos Aires. En tal sentido, la cláusula transitoria novena dispuso que el jefe de gobierno debía convocar a elecciones de diputados, a realizarse antes del 31/3/1997.

6. El jefe de gobierno

La Constitución Nacional, en el art. 129, ha instituido la jefatura de gobierno de la ciudad de Buenos Aires, con carácter electivo popular, dentro del régimen de gobierno autónomo.

Los constituyentes consignaron esta denominación para distinguir a la ciudad de Buenos Aires de las provincias y los municipios, conforme a la especial naturaleza de este nuevo nivel de gobierno.

El jefe de gobierno no es un intendente municipal, ni un gobernador de provincia: aunque un análisis de sus atribuciones conforme al Estatuto Organizativo ya sancionado lo acerca a este último. Asimismo, dicho instrumento, en el art. 95, otorga al titular del Poder Ejecutivo de la ciudad el título de jefe de gobierno o de gobernador.

La ley 24.620, en cumplimiento del art. 129 de la Constitución, convocó no sólo a la elección de un jefe de gobierno, sino también de un vicejefe de gobierno, que no estaba instituido por la norma constitucional. Esta circunstancia, que muestra nuevamente el activismo reglamentarista del Congreso, al invadir atribuciones de la Convención, sin embargo ha sido ratificada, pues el Estatuto Organizativo también ha reglamentado sus atribuciones en el art. 99. Pensamos que el vicejefe de gobierno debe cumplir un rol muy importante como nexo entre los dos departamentos de gobierno: el Ejecutivo y el Legislativo, además de ser el reemplazante transitorio o definitivo del jefe de gobierno.

¡Llegaron los GIGAS que tu celu pedía! Encontralos en www.tuenti.com.ar

7. Facultades propias de legislación

El art. 129 de la Constitución, también dentro del régimen de gobierno autónomo, comprende las “facultades propias de legislación” de la ciudad de Buenos Aires. Antes, en el cap. VI de nuestro libro *Derecho municipal* ya citado, acápite 344, habíamos analizado el significado de la “legislación”, como creación de derecho nuevo, en la opinión de Bidart Campos.

Siendo indiscutible esta facultad legislativa de la ciudad de Buenos Aires, corresponde considerar su alcance, tanto en sus diversas etapas como en las materias comprendidas.

La Constitución previó tres etapas, según lo indicado por Bidart Campos⁷¹:
a) la primera, según la disposición transitoria decimoquinta, cuando el Congreso seguía ejerciendo sobre su territorio la legislación exclusiva en los mismos términos anteriores, hasta que se hubieren constituido las nuevas instituciones de la ciudad. Dicha etapa ya concluyó con la sanción del Estatuto Organizativo;

b) la segunda, que comprende el período mientras Buenos Aires siga siendo la capital de la nación. Esta situación actual está prescripta por el art. 129, que hace referencia a la Ley de Garantías del Estado federal mientras la ciudad sea capital y a las disposiciones transitorias séptima y decimoquinta, que ya hemos analizado *supra* en el punto IV.3, sobre el Estatuto Organizativo, al cual remitimos;

c) la tercera, para el caso de que la ciudad de Buenos Aires deje de ser la capital. Para este supuesto compartimos la opinión del gran constitucionalista, de Vanossi y de Quiroga Lavié, en el sentido de que el *status* autonómico de la ciudad ya no depende de la capitalidad y, en consecuencia, continuaría ejerciendo sus atribuciones legislativas, sin las limitaciones que derivan de la coincidencia entre la ciudad y la capital federal.

Respecto de las materias comprendidas por las facultades propias de legislación de la ciudad de Buenos Aires, reiteramos que la Constitución en el art. 129 ha establecido que en el Estatuto Organizativo se regularán estas cuestiones, según el “régimen de gobierno autónomo” consagrado, aunque mientras la ciudad sea capital, una ley del Congreso debe garantizar los intereses del Estado nacional. Ya estudiamos anteriormente estas cuestiones, allí remitimos.

Insistimos en que las facultades legislativas de la ciudad deben ser tan amplias como para satisfacer la finalidad de bien común de dicha sociedad local, mientras que la facultad congresional debe alcanzar solamente a garantizar el adecuado funcionamiento, sedes y bienes del gobierno federal, mientras la ciudad sea capital. Por ello recordamos nuestra opinión acerca de la inconstitucionalidad de las leyes 24.588 y 24.620, como así también las resoluciones de la Convención de la ciudad tendientes a la modificación de ellas, para

el más pleno ejercicio de las facultades legislativas autonómicas, reconocidas en la Ley Suprema.

Al Estado de la Ciudad de Buenos Aires le corresponden todas las facultades que antes ejercía la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y, en general, las que hemos estudiado oportunamente en el cap. VII sobre competencia de las municipalidades, en nuestro libro *Derecho municipal* ya citado. Pero además hay que sumar las que se agregan por la especial naturaleza de este nuevo nivel de gobierno. En este sentido ha escrito Jorge de la Rúa⁷²: “A modo de ejemplo y sin intentar agotar la enumeración, dado el carácter indefinido de las atribuciones conservadas por los Estados miembros, en el marco de sus competencias le corresponde a la ciudad de Buenos Aires: dictar un estatuto organizativo de sus instituciones, bajo el sistema representativo-republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional y que asegure su administración de justicia, el régimen municipal y la educación primaria (arts. 5º, 122, 123 y 129); elegir en forma directa a su jefe de gobierno, así como a los legisladores y demás funcionarios locales, sin intervención del gobierno federal (arts. 122 y 129); legislar en todas aquellas materias no delegadas por las provincias en el gobierno federal (arts. 75, 121 y 129), asegurar la administración de justicia, ejerciendo las facultades jurisdiccionales no atribuidas por los arts. 116 y 117 al gobierno federal (arts. 5º, 75, inc. 12, 121, 129 y disposición transitoria respectiva); ejercer el poder de policía, así como los poderes fiscales conservados, en igualdad de condiciones que los restantes Estados autónomos que conforman la federación (arts. 75 y 121); celebrar tratados parciales con las provincias, en la forma y con los límites establecidos en el art. 125; ejercer las competencias concurrentes establecidas por los arts. 75, inc. 18, y 125”.

Un somero análisis del Estatuto Organizativo o Constitución de la ciudad autónoma sancionada, confirma nuestra opinión sobre las materias comprendidas. En efecto, obsérvense particularmente los arts. 80, 81, 82 y 83 sobre atribuciones del Poder Legislativo, a cargo de la legislatura de la ciudad; los arts. 102, 103, 104 y 105, sobre atribuciones y deberes del jefe de gobierno; los arts. 113 y 114, sobre competencia del Tribunal Superior de Justicia, y el art. 116, sobre atribuciones del Consejo de la Magistratura.

8. Facultades propias de jurisdicción

El art. 129 de la Constitución también incluyó en el régimen de gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires las facultades propias de “jurisdicción”. Esta palabra es de origen latino y significa decir el derecho. La doctrina y la jurisprudencia han distinguido la jurisdicción “judicial” y la “administra-

⁷² DE LA RÚA, Jorge. “El nuevo status jurídico...”, cit., p. 2.

tiva”, admitiéndose el ejercicio de esta última por los gobiernos locales y, en especial, por los tribunales municipales de faltas⁷³.

Pero en este caso de la ciudad de Buenos Aires, tal como lo dijimos en la Convención Constituyente de 1994, no cabe dudar de que se trata de jurisdicción “judicial”, según la intergiversable redacción del art. 129 y disposición transitoria decimoquinta.

Hemos dicho que éste es uno de los rasgos que distingue claramente la naturaleza de la ciudad de Buenos Aires respecto de los municipios, como así también que la ley 24.588 no se adecua a la Ley Suprema, por haber introducido distinciones inexistentes sobre el alcance de la jurisdicción judicial.

En razón de brevedad, remitimos al estudio efectuado anteriormente sobre el Estatuto Organizativo, en el punto IV.3 de este capítulo.

Dicho Estatuto ha organizado el Poder Judicial de la ciudad, con su Tribunal Superior de Justicia, Consejo de la Magistratura, Jurado de Enjuiciamiento y Ministerio Público. Las materias comprendidas son las indicadas por la ley 24.588, pero ya adelantamos que en la disposición transitoria decimotercera se faculta al jefe de gobierno de la ciudad a convenir con el gobierno federal el traspaso de la actual justicia nacional de la Capital.

En consecuencia, en la actualidad existe en la ciudad un triple Poder Judicial, como acertadamente señaló Bidart Campos⁷⁴: “el federal, para cuestiones que —al igual que en las provincias— son de jurisdicción federal por razón de partes, de materia o de lugar; el que hasta ahora se ha llamado ‘nacional’ en la Capital Federal (y que en rigor es tan federal como el antes apuntado, porque es Poder Judicial de la Nación, y que seguiría conociendo algunas causas regidas por el derecho común, según el deslinde que en definitiva surja para la ciudad), y, por fin, el Poder Judicial propiamente local”⁷⁵.

⁷³ Ver HERNÁNDEZ, Antonio M., *Temas de derecho municipal mendocino (Estudio sobre la factibilidad del establecimiento de un régimen uniforme en materia de justicia municipal de faltas y ordenamiento de la legislación municipal en el área metropolitana de Mendoza)*, Municipalidad de Mendoza, 1988, ps. 49 y ss., donde analizamos esta importante cuestión con las opiniones favorables de Germán Bidart Campos y Miguel S. Marienhoff, entre otros, y los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁷⁴ BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional argentino*, cit., p. 544.

⁷⁵ Sobre la cuestión de los jueces de la ciudad de Buenos Aires, ver el interesante trabajo de BIELSA, Rafael - GRAÑA, Eduardo R., “Los futuros jueces de la ciudad de Buenos Aires”, LL del 3/2/1995, donde se analiza la evolución histórica de la justicia de la Capital, las antiguas polémicas sobre la justicia federal y la nacional, etc. Los autores, junto a otros como Spota, Cassagne, Creo Bay, etc., avalan este diseño de Poder Judicial triple, con la inclusión (más allá del debate sobre la diferencia entre los jueces federales y nacionales) de la justicia sobre causas de derecho común como del gobierno federal, dejando sólo al Poder Judicial local los otros fueros indicados por la ley 24.588: vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativo y tributario local. Nosotros insistimos en la manifiesta inconstitucionalidad de dicho instrumento legal, ya que la Ley Suprema, en el art. 129 y en la disposición transitoria decimoquinta, ha otorgado a la ciudad de Buenos Aires una jurisdicción judicial sin efectuar disquisición alguna al respecto. Por ello, sólo deberían existir los jueces federales por razón de las personas, materias o lugares y los jueces del Estado de la ciudad de Buenos Aires en los fueros actualmente indicados más los ahora

167

9. Administración

Finalmente, también el régimen de gobierno autónomo de la ciudad comprende las facultades de administración.

Igualmente sobre este tema remitimos al cap. VI de nuestra obra sobre *Derecho municipal* ya citada, acápite 344, donde sostuvimos que “gobierno” importa “legislación”, “jurisdicción” y “administración”; y a la distinción entre “política” y “administración”. En este sentido recordamos nuevamente a Deming: “En esto consiste el aspecto político: conducta de gobierno [...]. En esto consiste el aspecto administrativo —de negocio—: acción de gobierno. Es decir que en el aspecto administrativo encontraremos modalidades de gestión, realizaciones técnicas encaminadas a lograr la efectividad de los servicios públicos, desarrolladas por un sistema jurídico y profesional adecuado; mientras que la política se inspirará en las razones de ‘conveniencia’ que hacen deseable cualquier actividad pública en determinado momento, lugar y circunstancias”. Aunque este autor, siguiendo a Jèze, sostenía que es imposible dividir estos conceptos, pues están íntimamente entrelazados.

En consecuencia, resultan incuestionables las facultades de administración correspondientes al nuevo nivel de gobierno instituido en la Ley Suprema de la Nación. Dichas facultades competen, según el Estatuto Organizativo, a los distintos departamentos de gobierno, pero especialmente al jefe de gobierno, que es el jefe de la Administración, según lo dispuesto por el art. 102.

10. La representación de la ciudad en el Congreso de la Nación

La Ley Suprema, en los arts. 44, 45 y 54, dispone la representación de la ciudad de Buenos Aires ante las Cámaras de Diputados y de Senadores de la Nación. Tal como lo sostuvimos anteriormente, el constituyente ha distinguido con claridad a la ciudad de Buenos Aires de la Capital Federal, reconociendo la participación de la nueva entidad institucional y de su pueblo en ambas Cámaras. En cambio, tal como lo admite el art. 45, en caso de traslado de la capital a otra ciudad, a su pueblo le corresponderá su representación en la Cámara de Diputados, pero no existirá representación en el Senado de la Nación.

No cabe dudar de que esta representación legislativa de la ciudad, idéntica a la de las provincias, es otra consecuencia de la naturaleza de ciudad-Estado, como nuevo integrante de nuestra sociedad federal, resuelta por la Convención Constituyente de Santa Fe-Paraná de 1994.

correspondientes a la justicia nacional, que aplican el derecho común. Demás está decir que dicho traspaso deberá realizarse con el debido respeto de las condiciones establecidas por la doctrina y jurisprudencia hacia los actuales magistrados y funcionarios de la justicia nacional. La cláusula transitoria decimotercera del Estatuto dice, al respecto, que dichos jueces deberán conservar su inamovilidad y jerarquía.

La disposición transitoria cuarta, referida a la elección de senadores nacionales, entre 1995 y 2001 —en que se estableció la elección directa— prescribió respecto de la ciudad de Buenos Aires que en 1995 la elección fuera por el cuerpo electoral, y que, en 1998, el senador nacional sea designado por el órgano legislativo de la ciudad.

11. La coparticipación impositiva

El art. 75, inc. 2°, CN, al instituir el sistema de la ley-convenio de coparticipación impositiva, expresa que la base de acuerdos debe darse entre la Nación y las provincias, no incluyendo en esta primera instancia a la ciudad de Buenos Aires. Pero su participación es indiscutible, a lo largo de este proceso de sanción de tan importante instrumento para el futuro del federalismo argentino, por cuanto el párrafo siguiente de la norma mencionada, destinado a la distribución de la coparticipación, tanto primaria como secundaria, nombra expresamente a la ciudad.

Asimismo, al prescribirse que el Senado es la cámara de origen de la ley-convenio, no debe olvidarse que también allí existe la representación de la ciudad, como en la Cámara de Diputados, que posteriormente interviene para la sanción pertinente.

Además, la norma constitucional que comentamos exige la aprobación posterior por parte de las provincias, o sea de sus respectivas legislaturas. Y esta prescripción también debe alcanzar a la legislatura de la ciudad de Buenos Aires, como lo ha previsto su Constitución, en el art. 80, inc. 15, que expresa: “La legislatura de la ciudad: [...] 15. Aprueba la ley convenio a la que se refiere el inc. 2° del art. 75, CN”.

El inciso constitucional que estudiamos vuelve a mencionar a la ciudad de Buenos Aires cuando trata las transferencias de competencias, servicios o funciones a las provincias o a la ciudad, y cuando dispone la representación de las provincias y la ciudad en el organismo fiscal federal.

De todas maneras, atribuimos esa falta de igualdad entre las provincias y la ciudad, en el momento inicial del debate sobre la coparticipación, a la desconfianza que primó en la mayoría de la Convención, sobre el significado económico de las limitaciones que pudieren corresponder a las provincias por la participación de la ciudad, y que se vincula con la compleja relación entre Buenos Aires y el país, a lo largo de la historia.

No obstante, consideramos que ello no será óbice para alcanzar un régimen de coparticipación justo y equitativo, como lo prescribe la Constitución, que permita cumplir el proyecto federal rumbo al siglo XXI, para una Argentina mejor desarrollada y equilibrada ⁷⁶.

⁷⁶ Ver HERNÁNDEZ, Antonio M., *El federalismo, la autonomía municipal y la ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1997, donde analizamos estas cuestiones.

Por eso se puede comprender el reclamo efectuado por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en su cláusula transitoria tercera, que expresa: "La ciudad de Buenos Aires afirma su derecho a participar en igualdad de condiciones con el resto de las jurisdicciones en el debate y la elaboración del régimen de coparticipación federal de impuestos".

12. La integración regional

El art. 124 de la Ley Suprema de la Nación autoriza la creación de regiones y la celebración de convenios internacionales por parte de las provincias, y al final del párr. 1º expresa: "La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto".

Para nosotros, dicho régimen debe prescribirse especialmente por el Estatuto Organizativo de la ciudad, según lo ordenado por el art. 129, CN.

Y con esta interpretación, la Constitución de la ciudad autónoma, al referirse a las "Atribuciones y facultades del jefe de gobierno", en el art. 104, inc. 1º, indica: "Representa legalmente la Ciudad, pudiendo delegar esta atribución, incluso en cuanto a la absolución de posiciones en juicio. De igual modo la representa en sus relaciones con el gobierno federal, con las provincias, con los entes públicos y en los vínculos internacionales"; y en el inc. 3º dice: "Concluye y firma los tratados, convenios y acuerdos internacionales e interjurisdiccionales. También puede celebrar convenios con entes públicos nacionales, provinciales, municipales y extranjeros y con organismos internacionales, y acuerdos para formar regiones con las provincias y municipios, en especial con la provincia de Buenos Aires y sus municipios respecto del área metropolitana, en todos los casos con aprobación de la Legislatura. Fomenta la instalación de sedes y delegaciones de organismos del Mercosur e internacionales en la Ciudad".

Y de manera coincidente, cuando el Estatuto se refiere a las atribuciones de la legislatura de la ciudad, el art. 80 en el inc. 2º, f), expresa que legisla sobre la materia "considerada en los arts. 124 y 125 de la Constitución Nacional"; y en el inc. 8º determina: "Aprueba o rechaza los tratados, convenios y acuerdos celebrados por el gobernador".

En consecuencia, resulta indudable la potestad de la ciudad para celebrar tratados o acuerdos con la provincia de Buenos Aires y los municipios del área metropolitana en especial, para constituir una región. Dicho tratado, tal como lo reclama el art. 124, CN, deberá efectuarse "con conocimiento del Congreso Nacional", tema que consideramos en el punto siguiente y al que remitimos.

Creemos que ha sido pertinente la mención de la región o área metropolitana con la provincia de Buenos Aires y los municipios respectivos, por cuanto los precedentes históricos y la realidad indican que ésa es la integración regional posible. Ya se han constituido regiones en nuestro país (Patagonia, Nuevo Cuyo, Gran Norte Argentino y Centro) y todo indica que la ciudad de Buenos Aires debe asociarse a la provincia homónima, y sobre todo a los municipios respectivos para constituir la región metropolitana.

Remitimos a lo antes expresado en los caps. II y V de nuestra obra ya citada *Derecho municipal*, sobre la ciudad y el municipio y la región, respectivamente, donde fundamentamos ampliamente la necesidad de promover relaciones interjurisdiccionales e integrar las regiones, en el marco de un proyecto federal que posibilite una Argentina equilibrada, desarrollada y con igualdad de oportunidades.

Hemos dicho que esto requiere el ejercicio de una política arquitectónica, para lograr el cambio profundo requerido, que además supone un verdadero plan de desarrollo del país, con un nuevo ordenamiento territorial. Ésta es también la reforma del Estado a producir, en el camino de la integración y descentralización, que son las respuestas requeridas por la globalización en que estamos insertos⁷⁷.

Por razones de brevedad, no vamos a detenernos en el análisis constitucional de la región según la norma mencionada, de la que sólo destacamos que ella debe perfilarse con el objetivo del "desarrollo económico y social", y, por lo tanto, no puede tener carácter "político", según la prohibición del art. 126. Se trata entonces de un nivel adjetivo, que no puede vulnerar las autonomías de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires y de los municipios. La región siempre debe considerarse como una "alternativa federal", como lo ha expresado Alberto Zarza Mensaque.

13. Los convenios internacionales

El art. 124, CN, tal como lo vimos en el punto anterior, también autoriza la celebración de convenios internacionales por parte de las provincias y la ciudad de Buenos Aires; aunque en este último caso, según el "régimen que se establezca a tal efecto".

Como lo acabamos de sostener, dicho régimen debe surgir especialmente del Estatuto Organizativo de la ciudad, conforme lo dispuesto por el art. 129, CN. Pero también, en esta materia, la ley 24.588, de garantías del Estado nacional mientras la ciudad sea capital de la Nación, en su art. 14, prescribió: "La ciudad de Buenos Aires podrá celebrar convenios y contratar créditos internacionales con entidades públicas o privadas siempre que no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no se afecte el crédito público de la misma, con la intervención que corresponda a las autoridades del gobierno de la Nación".

Y el Estatuto Organizativo o Constitución de la Ciudad de Buenos Aires ha regulado la materia —según lo vimos en el punto anterior— en los arts. 104, incs. 1º y 3º, de atribuciones del jefe de gobierno, y 80, incs. 2º, f), y 8º, de atribuciones de la legislatura.

⁷⁷ Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*. Depalma. Buenos Aires, 2000, donde analizamos en profundidad las interrelaciones entre integración, descentralización y globalización. Para una consideración de los aspectos constitucionales de la región, remitimos a HERNÁNDEZ, Antonio M., *El federalismo...* cit., en el cap. II destinado al federalismo.

Recordamos que la Ley Suprema de la Nación, en el art. 124, fijó condiciones para el ejercicio de esta facultad de celebrar convenios: que “no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y que no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional”.

Para nosotros —conforme a las opiniones de Pedro J. Frías y Horacio D. Piombo⁷⁸—, los constituyentes usaron esta expresión para indicar un alcance más limitado de los acuerdos internacionales que pueden celebrar las provincias, en comparación a los tratados internacionales del gobierno federal, en ejercicio de las facultades delegadas en relaciones exteriores.

La reforma amplió las potestades provinciales y de la ciudad de Buenos Aires en lo referente a la gestión internacional, sobre la base de las experiencias y antecedentes, y con clara conciencia del rumbo autonomista que debe afirmarse en pos del federalismo, en un mundo integrado y competitivo; pero con la prudencia suficiente que indica la pertenencia a una federación —no una confederación—, donde las facultades en materia de política exterior corresponden al gobierno nacional.

Ello explica los límites impuestos a las provincias y a la ciudad, que por razones de brevedad tampoco vamos a profundizar en esta instancia⁷⁹. No obstante, aclaramos que los convenios no pueden tener carácter “político”, según la prohibición del art. 126, ni exceder la competencia material reconocida a la ciudad de Buenos Aires.

Respecto del requisito del “conocimiento” del Congreso Nacional, para nosotros el objetivo no ha sido otro que favorecer aún más la autonomía de las provincias y de la ciudad, pues el “consentimiento” o la “aprobación” hubiesen significado una marcada dependencia del órgano legislativo federal.

De todas maneras, dicho requisito apunta a la mejor articulación y control de las competencias e intereses federales y provinciales, tal como opinan Frías, Rosatti y Castorina de Tarquini⁸⁰.

⁷⁸ Sostiene Frías que “es correcto el uso de la expresión convenios y no tratados que quedan reservados a la Nación” (FRÍAS, Pedro J., “El federalismo en la reforma constitucional”, ED 158-1126); y Piombo, que “aun cuando la doctrina iusinternacionalista emplea con similar alcance las palabras convenio, pacto y tratado para referirse a los acuerdos entre Estados soberanos, y la voz tratados siempre exterioriza lo conceptualmente más genérico y comprensivo [...]. En el siglo actual la palabra tratado sugiere un acuerdo más formal o de mayor importancia o jerarquía” (PIOMBO, Horacio, *Teoría general y derecho de los tratados interjurisdiccionales internos*, Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 140/141).

⁷⁹ Pero para cuyo análisis remitimos a HERNÁNDEZ, Antonio M., *El federalismo...*, cit., cap. II, sobre federalismo.

⁸⁰ Conf. FRÍAS, Pedro J., *La región según la Constitución Nacional reformada*, inédito; ROSATTI, Horacio, *La reforma de la Constitución*, p. 217; y CASTORINA DE TARQUINI, María C., “El régimen federal y la reforma constitucional”, en PÉREZ GUILHOU y otros, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 376. En cambio, Germán Bidart Campos estimó que el conocimiento debía entenderse como una verdadera aprobación (BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 172).

Horacio D. Piombo sostiene que el Congreso podría desaprobado el convenio, aunque no sea necesaria su aprobación expresa⁸¹.

Nosotros creemos que en la instancia hipotética de que el Congreso considere al acuerdo regional o al convenio internacional violatorio de los principios constitucionales, habría dos posibles soluciones: una, jurídica, con la eventual participación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y otra, política, la intervención federal, como remedio extremo para asegurar la supremacía del orden constitucional federal. Pero un pronunciamiento negativo del Congreso no dejaría sin efecto el acuerdo o convenio, como si fuera el caso de la desaprobación⁸².

14. Dominio originario de los recursos naturales

El art. 124, CN, en su último párrafo, expresa: “Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

Como el texto no menciona a la ciudad de Buenos Aires, la pregunta es si, no obstante ello, también a ella le pertenece el dominio originario de sus recursos naturales.

No dudamos en la respuesta afirmativa, en razón de la naturaleza de la ciudad de Buenos Aires, que hemos estudiado anteriormente. Al ser una ciudad-Estado, tiene los elementos que así la caracterizan: territorio, población y poder, además de una personalidad pública estatal y la finalidad del bien común.

Respecto del territorio, son de aplicación los conceptos ya admitidos por la doctrina, en el sentido de que alcanzan al suelo, al subsuelo, al espacio aéreo, a los ríos y los mares⁸³. En la Convención Nacional Constituyente, en el debate en general del despacho de la Comisión de Redacción, expresamos: “Finalmente, se indica que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio. Esto significa reafirmar los principios de los arts. 3°, 13 y 104, CN. Se trata de una unión indestructible de Estados indestructibles, como dijo el juez Chase en una famosa causa sentenciada por la Corte Suprema de Justicia norteamericana. Entendemos que las provincias tienen el dominio de todo su territorio: suelo, subsuelo, espacio aéreo y sobre el litoral marítimo. Por supuesto que también creemos que el dominio se

532 y 535), y en similar sentido se manifiesta Humberto Quiroga Lavie (conf. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, cit., p. 223).

⁸¹ Conf. PIOMBO, Horacio, *Teoría general y derecho de los tratados interjurisdiccionales internos*, cit., cap. 10.

⁸² Conf. FRÍAS, Pedro J., *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 104.

⁸³ Miguel S. Marienhoff, al referirse al dominio sobre el mar territorial (lecho, aguas y espacio aéreo que las cubre) de las provincias ribereñas, recuerda las opiniones de José Nicolás Maizteno, Montes de Oca y Bartolomé Mitre, en el célebre debate en 1869 en el Senado de la Nación (MARIENHOFF, Miguel S., *El dominio originario de los recursos naturales*, cit., p. 172).

hace extensivo a todos los recursos naturales, renovables o no. Oportunamente habrá que seguir los lineamientos de Frías, de Bidart Campos, de Cano y del Consejo de Consolidación de la Democracia, que, respecto del mar, establecieron que una cosa es el dominio y que deben existir formas de jurisdicción concurrentes para una explotación racional de los recursos entre gobierno federal y provincias, a través de empresas federales que naturalmente logren el mejor aprovechamiento posible”⁸⁴.

También para la exposición de esta importante innovación de la reforma constitucional de 1994, remitimos a nuestra obra donde tratamos el tema, por razón de brevedad⁸⁵.

El criterio que sostenemos sobre el dominio originario de los recursos naturales por la ciudad es el aplicado por el Estatuto Organizativo o Constitución de la ciudad autónoma. En efecto, obsérvese, por ejemplo, las atribuciones del jefe de gobierno (art. 104, en su inc. 22) sobre la creación de un organismo con competencias en ordenamiento territorial y ambiental encargado de formular un Plan Urbano y Ambiental, y en su inc. 27, sobre la preservación, restauración y mejora del ambiente, “los procesos ecológicos esenciales y los recursos naturales”; y de la legislatura (art. 80, inc. 2º, f), sobre las materias consideradas en los arts. 124 y 125, CN. Además recordamos el art. 8º, que antes analizamos, donde se hace expresa referencia al dominio y límites de la ciudad.

Finalmente insistimos en que no se puede crear una nueva entidad institucional, sujeto de la relación federal, con especial naturaleza estatal, sin reconocerle un territorio en el cual ejerza las potestades pertinentes⁸⁶.

15. Organismos de seguridad social y otras facultades concurrentes

El art. 125 de la Ley Suprema presenta el anterior texto del art. 107, al que se le agregó el siguiente párrafo: “Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura”.

La norma ratifica en su primera parte las disposiciones del art. 14 bis, en defensa de las autonomías provinciales y de la ciudad de Buenos Aires, frente a las presiones efectuadas para el traspaso de las cajas de jubilaciones al orden federal.

“Es decir —expresan Eduardo Menem y Roberto Dromi⁸⁷— el art. 125 reserva para las provincias la posibilidad de mantener la autonomía del funcio-

⁸⁴ Conf. HERNÁNDEZ, Antonio M. (h). *Reforma constitucional de 1994...*, cit., p. 71.

⁸⁵ Ver HERNÁNDEZ, Antonio M., *El federalismo...*, cit., en el cap. II, sobre federalismo.

⁸⁶ Recordamos, además, que para nosotros la ciudad ya no es un territorio federalizado, sino sujeto parcialmente a jurisdicción federal, conforme a la opinión de Bidart Campos. Pero aun con la opinión contraria, siempre debe distinguirse el “dominio” de la “jurisdicción”.

⁸⁷ MENEM, Eduardo - DROMI, Roberto, *La Constitución reformada, comentada interpretada y concordada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, ps. 404/405.

namiento previsional de sus empleados. [...] Además, está el tema de los sistemas jubilatorios y asistenciales, de organizaciones profesionales como entidades públicas no estatales —colegios de escribanos, de abogados y análogos— que tienen una larga tradición en muchas provincias y que no pueden ser incorporados compulsivamente a un sistema nacional. Esta facultad, además de preservar los derechos adquiridos y el carácter administrativo de la materia y respetar la voluntad de las provincias, es de su competencia exclusiva y excluyente”.

La cuestión se inscribe, bajo nuestro punto de vista, en el fortalecimiento del federalismo —en el aspecto específicamente social—, que fue una de las principales ideas fuerza de la reforma constitucional de 1994.

La segunda parte de la norma que comentamos prescribe la ampliación de facultades concurrentes tanto para las provincias como para la ciudad de Buenos Aires. Esto debe correlacionarse con el art. 75, inc. 19, que contiene la cláusula nueva del progreso o del desarrollo humano y cuya trascendencia huelga destacar.

Las materias comprendidas: promoción del progreso económico, desarrollo humano, generación de empleo, educación, ciencia, conocimiento y cultura, integran los aspectos sociales y económicos del federalismo.

Estas facultades se sintetizan en la promoción del desarrollo humano, como finalidad suprema del orden constitucional, de nuestro país.

Este mandato de la Ley Suprema compromete hondamente la inteligencia e imaginación de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, para dar cumplimiento a tan peraltado objetivo.

La Constitución de la ciudad, de conformidad a las disposiciones que analizamos, ha prescripto sobre ellas, v.gr., en el Tít. II del Libro I, “Políticas especiales”, en el art. 80, inc. 2º, f), sobre las atribuciones de la Legislatura, y en el art. 104, inc. 2º, sobre las atribuciones del jefe de gobierno.

16. Intervención federal

La reforma constitucional de Santa Fe-Paraná de 1994 estableció, entre las atribuciones del Congreso (art. 75, inc. 31): “Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires. Aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo”; y entre las del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 20): “Decreta la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento”.

Tal como lo habíamos expresado anteriormente, esta decisión del constituyente está relacionada con la naturaleza de la ciudad-Estado de Buenos Aires. En este caso, en equiparación a las provincias, se faculta al gobierno federal para la intervención a la ciudad autónoma con carácter extraordinario y tuitivo de la supremacía del orden constitucional federal.

Compartimos además la opinión de Bidart Campos, en el sentido de que éste es un argumento que ayuda a sostener que la ciudad ya no es un territorio



federalizado, pues al contrario no se concebiría la posibilidad de la intervención federal ⁸⁸.

También por razones de oportunidad no podemos detenernos en el análisis constitucional de la intervención federal ⁸⁹.

De todas maneras, no puede dejar de resaltarse que esta reforma de la Constitución Nacional apuntó a terminar con el lamento clásico del federalismo argentino, como dice Frías, ya que históricamente se utilizó este instrumento para centralizar el país.

A su vez, la Constitución de la ciudad de Buenos Aires, como lo han dispuesto algunos precedentes de nuestro derecho público provincial, a los fines de evitar algunos efectos producidos por las intervenciones federales, establece en su art. 5°: "Las obligaciones contraídas por una intervención federal sólo obligan a la Ciudad cuando su fuente sean actos jurídicos conforme a esta Constitución y a las leyes de la Ciudad. Los magistrados, funcionarios y empleados nombrados por una intervención federal, cesan automáticamente a los sesenta días de asumir las autoridades electas, salvo confirmación o nuevo nombramiento de éstas" ⁹⁰.

METRÓPOLI Y PAÍS: UNA RELACIÓN A EQUILIBRAR

por PEDRO JOSÉ FRÍAS *

Quisiéramos anticipar desde ya que el equilibrio del país requiere la racionalización de su metrópoli, pero a la vez le impone condiciones. Éste será nuestro tema. Hablaremos a veces de la capital y otras del área metropolitana que engloba los partidos del Gran Buenos Aires.

Es importante, para no confundir planos, ser claro en excluir de esta visión sobre "metrópoli y país", la dependencia de las provincias respecto del gobierno central.

Esa "sucursalización" que cualquiera que sea su naturaleza concluye siendo política, es respecto del gobierno central y no debe atribuirse por sí a la capital que lo alberga.

Tenemos esperanza, además, de que este proceso de desfederalización ha encontrado hechos e ideas que estimulan a su corrección.

⁸⁸ Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho constitucional argentino*, cit., t. VI, p. 541.

⁸⁹ Pero para ello remitimos a HERNÁNDEZ, Antonio M., *El federalismo...*, cit., cap. II, sobre federalismo.

⁹⁰ Como el propósito de este capítulo no es comentar la Constitución de la ciudad, ver al respecto, la obra de QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, cit., ps. 28 y 29, donde analiza esta disposición.

* Profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, miembro de siete academias, presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

I. EL DESEQUILIBRIO ARGENTINO

Concedido esto a la objetividad del análisis, nos es patente, sin embargo, un triple desequilibrio: de población, de riqueza y de funciones.

De población: Según el censo de 1980, el área metropolitana cuenta con el 35% de la población del país, que es urbana en su 85%. El país es un archipiélago que emerge de sus vacíos territoriales sin esperanza cierta de poblamiento.

El conurbano aumenta su población que, en cambio, se mantiene estable y envejecida en la capital.

Desequilibrio de riqueza: Son conocidas las mediciones económicas comparativas que contrastan el área metropolitana con el resto del país, a pesar de las notorias carencias del conurbano bonaerense. Prefiero decir —para atenuar la desigualdad— que en el 20% del territorio nacional se concentra el 80% de la riqueza.

Desequilibrio de funciones: En la metrópoli se aglomeran todas las funciones de capitalidad más muchísimas otras que no le conciernen y que podrían regionalizarse sin daño y hasta a veces con ventaja.

La historia de este desequilibrio está dispersa en muchos estudios pero preferiríamos sintetizarla en un libro reciente, para hacer una remisión: el de Félix Luna, *Buenos Aires y el país*. Aunque no se comparta su propuesta de traslado de la capital, uno se deja ganar por su objetividad y por la ausencia de ese maniqueísmo que pudiera atribuir a la metrópoli la responsabilidad entera del desequilibrio del país.

II. ESA CONCENTRACIÓN NO ES INOCENTE

Estamos ante el hecho de la concentración, característico fenómeno finisecular. Se aglomeran los capitales y las metrópolis, aunque las ciudades se usan medianas o pequeñas.

Pero esa concentración de población, riqueza y servicios no es inocente. Hay una literatura sobre las metrópolis que nos autoriza a una remisión: nos referimos, por ejemplo, a cuatro tomos de varios autores titulados *La metrópoli en la vida moderna*, que estudian lo social y político, lo económico, lo profesional y científico y lo espiritual en el contexto metropolitano.

Esa concentración en el área metropolitana no es inocente porque encubre una desigualdad de oportunidades y de ingresos en menoscabo de la "otra" Argentina. La desigualdad de oportunidades la ha estudiado Eduardo Zalduendo, y la desigualdad de ingreso tiene múltiples testimonios en estudios de economía regional. Citamos el de Ferraro de 1973, el de Luis Eugenio Di Marco de 1976 y los estudios de la Fundación Mediterránea.

El área metropolitana tiene aptitud para captar todas las nuevas prestaciones, para desplazar algunas locales, para uniformar comportamientos con los medios de comunicaciones de masa y para concentrar decisiones.

Todo lo que se ha escrito en Occidente sobre la brecha tecnológica es aplicable a la predicción de los desequilibrios entre la metrópoli y el país.

Es cierto que la utilización reciente de la dimensión regional y espacial es un principio de rectificación. Es cierto que la mayor equidad en la distribución de los impuestos coparticipados se impuso en 1973. Es cierto que hay conciencia de la deformación del país. Es cierto que tenemos experiencia ahora de los instrumentos de concertación de competencias para no aislarlas ni fundirlas: coordinarlas.

Pero es cierto también que la igualdad de oportunidades y la noción espacial no han estado debidamente vigentes en la política de distribución del ingreso de los partidos que de ella han hecho su bandera. Y que esos mismos partidos derivan sus votos de las grandes concentraciones urbanas que en unidades de más de 500.000 habitantes representan el 46% de la población argentina.

Una reflexión más: si combinamos el ingreso per cápita con la calidad de vida regional, matizaremos sin duda el balance desfavorable para el país interior; hay en la Argentina 1.082 ciudades de entre 1.000 y 500.000 habitantes, que representan el 39% de la población, donde la inexistencia de degradaciones del ecosistema y del pernicioso síndrome de aglomeración puede generar mejores relaciones humanas y formas de vida que compensen menores halagos y oportunidades.

III. UNA LECTURA SOCIAL

¿Qué lectura hace la sociedad de estos datos? ¿Cómo los “somatiza”? ¿Cómo se siente a la concentración bonaerense en el país interior?

La desigualdad es un hecho natural; la aspiración a la igualdad un hecho cultural. En consecuencia, sólo los sensibilizados incorporan a su conciencia y a su subconciencia el desequilibrio de oportunidades, quizá como un “tratamiento injusto” para el país interior. Más difusa es la sensación de que “Dios está en todas partes, pero atiende en Buenos Aires”, lo que produce alguna irritación.

Y con todo, si nos referimos al tiempo actual, y no a la crónica de nuestras rencillas, la capital ejerce seducción. Ya no moviliza las migraciones de otrora, pero tampoco un rencor provinciano. Estamos en paz con la metrópoli a la hora en que tenemos más conciencia de los desequilibrios.

Esa seducción es una reacción ingenua integrada por algunas variables: el orgullo, el gusto del “gigantismo”, la curiosidad por la escena pública, el testimonio cultural, las expectativas de decisión, la búsqueda de una dimensión nacional que sólo excepcionalmente se logra en provincia. Esa suerte de seducción —que si es defraudada puede tornarse despecho— es el acompañamiento apropiado para una *leadership* enclavada en Buenos Aires. Lo es también para la hegemonía de Buenos Aires.

Creemos aplicables a esta hegemonía los criterios rectores que ha expuesto Víctor Massuh (*El llamado de la Patria Grande*), para evitar la radicalización y el maniqueísmo en la relación “de la metrópoli y el país interior”.

“La relación dominador-dominado no es tan simple. No siempre aquél se halla fuera de nosotros, ni es tan negativo como para no rendir algún servicio. Tampoco éste es tan inocente como para que no lleve la opresión en su corazón y sea más esclavo de sí mismo que del opresor. La dialéctica ‘dependencia-liberación’ no es suficiente para comprender la relación entre los hombres y los pueblos y menos los de nuestra América”.

IV. PRESUPUESTOS DE EQUIDAD

Transitamos un momento psicosocial favorable para corregir este desequilibrio con algunas pautas de equidad:

La primera es descentralizar del área metropolitana servicios que no conciernen a la capitalidad.

La segunda es que el habitante de la Capital Federal pague el costo íntegro de los servicios que recibe.

La tercera es que las prioridades emergentes de los estudios en curso sobre el área metropolitana se conjuguen equitativamente con las del país interior.

La pauta descentralizadora se vincula con la regionalización.

La pauta de desigualdad fiscal hace referencia a los servicios que el porteo recibe costeados por el presupuesto nacional (policía, justicia, etc.) en forma de subsidios positivos.

La tercera se comprenderá mejor si la ilustramos con las autopistas.

V. LA IGUALDAD FISCAL

La exigencia de igualdad fiscal puede ilustrarse suficientemente con las conclusiones de dos estudios muy recientes.

El de Cavallo, Montero y Olivieri de la Fundación Mediterránea, de 1978, concluye que “el sistema actual de distribución real de recursos fiscales nacionales, lejos de proliferar las fuertes tendencias hacia la concentración en el área metropolitana, actúa como un mecanismo adicional que favorece el mantenimiento de las actuales condiciones. En particular esto se advierte a través del financiamiento con fondos de la Nación de una gran cantidad de servicios que se prestan en dicha área”.

La investigación de Horacio Núñez Miñana y Alberto Porto, platenses, versa sobre la “redistribución territorial a través de las finanzas públicas. El caso de los partidos del Gran Buenos Aires”. Es recentísimo y es un deber hacerlo conocer porque los partidos del Gran Buenos Aires también resultan discriminados, aunque los compensa en parte la calidad de servicios que obtienen en la Capital Federal. Dice así su conclusión:

“En tanto partidos del Gran Buenos Aires registran subsidios negativos (...), las demás jurisdicciones presentan diferentes signos en algunos mecanismos que en otros (...) Capital Federal registra subsidios negativos por la opera-

ción federal y los aportes del Tesoro nacio-



nal, pero dichos montos son ampliamente compensados por los subsidios positivos derivados de las erogaciones específicas del gobierno nacional, especialmente de las divisibles. El conjunto de otras provincias (excluyendo la de Buenos Aires) registra subsidios negativos por la operación (neta) de las erogaciones del gobierno nacional (...); dichos subsidios negativos son más que compensados por la operación de los otros dos mecanismos del ámbito nacional; regímenes de coparticipación y aportes del Tesoro nacional”.

Los dos estudios confirman, en conclusión, una desigualdad fiscal en favor del habitante de la Capital Federal.

VI. CONJUGAR EQUITATIVAMENTE LAS PRIORIDADES

El desequilibrio que el estudio de Núñez Miñana y Porto revela en desfavor de los partidos del Gran Buenos Aires depende esencialmente de mecanismos de decisión provincial, y no es admisible que se pretenda descargar sus carencias al presupuesto nacional.

En tanto, el desequilibrio en favor de la Capital depende de una voluntad política nacional, lúcida, gradual y firme, que debe corregirla hasta sus últimas consecuencias, por ser el área de más alto nivel de vida del país.

Por eso insistimos en que las prioridades del área metropolitana deben conjugarse equitativamente con las del resto de la Nación. Un ejemplo de la insensata política contraria es la decisión de otorgar aval para la construcción de la autopista Buenos Aires-La Plata, que es una obra deficitaria impensable en una economía de bajos ingresos. El caso lo ilustra Domingo F. Cavallo con cifras sin réplica.

En el mismo contexto debe resolverse la controversia sobre la no entrega de fondos de coparticipación federal a la ciudad de Buenos Aires.

Por fin, no podemos dejar de señalar, opinablemente, que la infraestructura urbana no será prioritaria en el medio plazo.

VII. CONCLUSIONES

Tenemos conciencia de que hay afirmaciones opinables que se trasladan a las conclusiones. Pero preferimos articular una sinopsis, porque la intención de estas notas es objetiva y su propósito es institucional: sostener un proyecto de pocas ideas fuertes que no agotan el tema del equilibrio entre metrópoli y país.

a) Aunque la relación de hegemonía del área metropolitana y el resto de la Nación es paralela, no debe atribuirse por sí a la capital la dependencia o “sucursalización” de las provincias respecto del gobierno central.

b) El área metropolitana entraña un triple desequilibrio de población, riqueza y funciones. Esa concentración no es inocente, porque tiende a acelerarse y se le pueden oponer sólo correcciones parciales.

e) Dentro de sí misma, el área metropolitana reproduce ese desequilibrio porque es patente entre la Capital Federal y los partidos del Gran Buenos Aires.

d) La escasa relevancia de los antagonismos que podría suscitar esa hegemonía favorece la formulación de una política racional de correcciones.

e) La primera es la descentralización de funciones que no conciernen a la capitalidad.

f) La segunda es la igualdad fiscal que rompen los subsidios positivos en favor de la Capital Federal.

g) La tercera es que las prioridades que surjan de la organización del área metropolitana deben conjugarse equitativamente con las del resto del país.

h) Se entiende, finalmente, que todos nos beneficiaremos, por inexcusable solidaridad, con la racionalidad del funcionamiento, gobierno y gestión del área metropolitana.

i) Pero bien entendido que debe desalentarse el crecimiento futuro del área usando herramientas como la promoción industrial o la promoción de metrópolis de equilibrio por una política urbanística global.

CURRÍCULUM VITAE DE LOS AUTORES

ANTONIO M. HERNÁNDEZ

Abogado (1970), a la edad de 21 años y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (1975), a la edad de 26, de la Universidad Nacional de Córdoba.

Diplomado en "Administración municipal y desarrollo rural" en el Instituto de Estudios de Administración Local (1978) de Madrid, España. Profesor Titular Plenario de Derecho Público Provincial y Municipal, por concurso, de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Derecho Constitucional, por concurso, de la Universidad Nacional de Córdoba.

Es actualmente Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional.

Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (1999). Académico Correspondiente de las Academias Argentina de Ciencias del Ambiente (2004), Nacional de Ciencias Morales y Políticas (2007) y de la Colombiana de Jurisprudencia (2007).

Autor y coautor de 25 libros, entre los que se destacan:

- *Derecho Municipal*, Prólogo de Pedro J. Frías, 2ª ed. actualizada y aumentada (1997), Depalma, Buenos Aires, que en 1998 fuera premiado con el *Accesit* al Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.
- *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Prólogo de Germán Bidart Campos, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- *El caso Fayt y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001.
- *Las emergencias y el orden constitucional*, Buenos Aires, 2002.
- *Juicio Político Municipal. El proceso de revocación del mandato del Intendente por el Concejo Deliberante*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.
- *Las emergencias y el orden constitucional*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-México, 2003.
- *Derecho Municipal. Parte General*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003.
- *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos —Homenaje a Pedro J. Frías—*, Antonio María Hernández y Diego Valadés (coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003.



— *Derecho Constitucional*, Prólogo de Giuseppe de Vergottini, junto a Susana Albanese, Alberto Dalla Via, Roberto Gargarella y Daniel Sabsay, Universidad, Buenos Aires, 2004.

— *Federalismo y autonomía*, Ariel, España, 2004, en coautoría (Director Enric Argullol Murgadas).

— *La descentralización del poder en el Estado contemporáneo*, obra que dirigió con motivo del Seminario Internacional organizado en Córdoba por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional con la participación de la Asociación Italiana de Derecho Constitucional, Córdoba, 2005.

— *Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica*, editado por la UNAM, México, 2005, en coautoría con Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo.

— “Argentina. Subnational Constitutional Law”, *International Encyclopaedia of Laws*, Kluwer Law International, Suppl. 66, 2005, en inglés.

— “Legislative, Executive and Judicial Governance in Federal Countries”, *Global Dialogue on Federalism Series*, Volume 3, edited by Katy Le Roy and Cheryl Saunders, McGill-Queens University Press, Chapter of Argentina, Canada, 2006, en inglés.

— *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, obra que coordinó con motivo de la Mesa Redonda Internacional organizada por la Asociación Internacional de Derecho Constitucional y la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, realizada en Córdoba en 2005 y con la coautoría de Alan Brewer Carías, Laurence Burgorgue-Larsen, José Luis Cea Egaña, Byung Yoon Cho, Alberto Dalla Via, David Dizenhaus, Lech Garlicki, Fortunato González Cruz, Michel Rosenfeld, Daniel Sabsay, Néstor Sagiúes, Cheryl Saunders, Jorge Vanossi y el suscripto, Advocatus, Córdoba, Argentina, 2007.

Ha pronunciado más de 400 exposiciones y conferencias en el país y en el extranjero, destacándose las correspondientes a las Universidades Complutense, Carlos III, Salamanca, Sevilla y Santiago de Compostela, de España; Roma La Sapienza, Roma 3, Milán, Bologna, Génova, Siena, Perugia y Messina de Italia; Amsterdam, de Holanda; Universidad Nacional Autónoma de México, de Veracruz e Instituto Tecnológico de Monterrey, de México; de Chile y Católica de Chile; Rutgers y John Hopkins, de Estados Unidos y Melbourne, de Australia como así también en las Conferencias Internacionales sobre Federalismo de Bruselas, Bélgica (2005) y de Delhi, India (2007). Asimismo ha presidido respectivas Sesiones de trabajo en los Congresos Mundiales de Derecho Constitucional de Santiago de Chile (2004) y de Atenas (2007).

Ha sido Concejal electo de la Municipalidad de Córdoba (1983), Subsecretario de Gobierno de la Provincia de Córdoba (1983-1987), Presidente del Bloque de Diputados Provinciales de la UCR (1987-1991) y Diputado de la Nación (1991-1995). Fue Candidato a Vicepresidente de la República por la UCR en las elecciones presidenciales de 1995.

También se desempeñó en tres Convenciones Constituyentes: en la Provincial (1987), en la Nacional (1994), donde fuera Vicepresidente de la Comisión de Redacción y en la Municipal de la Ciudad de Córdoba (1995), donde fuera designado Presidente de la misma.

Su obra legislativa y constituyente está publicada en los siguientes libros: “Labor Parlamentaria” del Diputado de la Nación Dr. Antonio M. Hernández, años 1991-1994, 2 tomos, editado por la Imprenta del Honorable Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1995 y “Reforma Constitucional de 1994” - “Labor del Convencional Constituyente Antonio María Hernández (h.)”, editado por la Imprenta del H. Congreso de la Nación, Buenos Aires, (1995).

Fue redactor del Tratado Interprovincial de creación de la Región Centro, en 1998.

Fue Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, por el período 2001-2003 y luego reelegido para 2003-2005.

Es Miembro Honorario y Correspondiente de las Asociaciones Nacionales de Derecho Constitucional de Chile y Perú.

Secretario de la Asociación Iberoamericana de Academias de Derecho (2007).

PEDRO J. FRÍAS

Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (1944). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (1944). Profesor adjunto de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (1948-1984). Profesor titular de Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho y Ciencias Social de la Universidad Nacional de Córdoba (1948-1984). Profesor titular de Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Católica de Córdoba. Profesor plenario de la Universidad de Belgrano (1994).

Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires. Miembro de número de la Academia Nacional de Educación. Miembro de honor de la Academia de Ciencias Sociales, Morales y Políticas de Chile. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid. Miembro de la Academia provincial de Ciencias y Artes de San Isidro. Director del instituto de federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba durante 20 años.

Profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Doctor *honoris causa* y profesor extraordinario en otras facultades.

Ha sido embajador en Bélgica y la Santa Sede y consultor de la delegación argentina en la Mediación Papal entre la Argentina y Chile. También fue ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ha recibido, entre otros premios, el “Santa Clara de Asís” (Liga de Madres), “Duarte Quirós” (Colegio Monserrat), “Universidad” (UNCba.), “Jerónimo Luis de Cabrera” (Municipalidad de Córdoba), dos diplomas Konex en Humanidades y Ciencias Sociales, distinciones de Colegios de Abogados, etc.

Ha recibido las siguientes condecoraciones: Gran Cruz de las Orden de San Silvestre y Orden Piana del Vaticano, Gran Cruz de la Orden de Malta, oficial de la Orden de Isabel la Católica de España y comendador de la Orden O’Higgins de Chile.

Es actualmente presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

Ha publicado quince libros y ha coordinado cuatro libros colectivos, entre los que se destacan: *El ordenamiento legal de los partidos políticos* (1944), *La defensa política en la Argentina* (1951), *La provincia argentina* (1971), *Introducción al derecho público provincial* (1980), *Sobre poder y sociedad* (1983), *Derecho público provincial* (1985), *La vida pública y sus protagonistas* (1995), *Tiempo pasado* (1996), y posteriormente, *Conductas públicas, Cuestiones de Estado, Una experiencia diplomática, y Protagonistas del siglo que pasó*.

ALBERTO ZARZA MENSAQUE

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, con tesis publicada por dicha Casa de Estudios.

Realizó su carrera docente en la Cátedra de "Derecho Público Provincial y Municipal" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, ingresando como adscripto y culminando con el desempeño del cargo de Profesor Titular por Concurso de la Cátedra B de dicha asignatura desde 1990, hasta septiembre de 2006.

Ex Profesor Asociado a cargo de la titularidad de la Cátedra de Derecho Constitucional y Administrativo de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, hasta el año 2000.

Ex Profesor titular de la asignatura Práctica Profesional III (Derecho Procesal Constitucional) en la Facultad de Derecho de la Universidad Blas Pascal.

Director de la Carrera de Posgrado de "Especialistas en Derecho Público" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, acreditada por la CO-NEAU, desde el año 1995 hasta la fecha.

Categorizado como docente Nivel I por la Comisión Nacional de Categorización del Consejo Interuniversitario Nacional.

Evaluador *ad-hoc* del CONICET.

Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, septiembre de 2006.

Profesor invitado en las Carreras de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Mendoza.

Miembro del tribunal evaluador en el concurso convocado por el Consejo de la Magistratura para la cobertura de los cargos de jueces de la Cámara Contencioso Administrativa Federal.

Elegido por sus pares en diversos periodos, para ejercer el cargo de Consejero representante del claustro de Egresados, de Profesores Adjuntos y Profesores Titulares, en el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Fue Coordinador y Director del Departamento de Derecho Público.

Ex Director del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Se desempeñó como Secretario de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba hasta abril del año 2004.

Fue Secretario de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Córdoba, desde mayo de 2004 hasta abril de 2007.

Es Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba a partir del mes de septiembre de 2006.

Miembro fundador de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, en la que en varios periodos integró su Mesa Directiva.

Ex Jefe de la Asesoría Letrada de la Subsecretaría de Asuntos Municipales de la Provincia de Córdoba, cargo al que accedió por concurso de antecedentes y oposición.

Ex Director de Planeamiento de la mencionada Subsecretaría.

Ex Asesor de la Convención Constituyente de la Provincia de Córdoba de 1987.

Asesor *Ad Honorem* de la Cámara de Diputados de la Provincia de Córdoba.

Miembro de la Comisión Asesora para el dictado de la Ley Orgánica Municipal de la Provincia de Córdoba (n° 8102).

Miembro de la Comisión Asesora Honoraria de la Municipalidad de la Ciudad de Córdoba para la elaboración del proyecto de Carta Orgánica para la Ciudad.

Miembro integrante de la Comisión Asesora para la Reforma de la Constitución de la Provincia de Córdoba, junto con los Dres. Guillermo Becerra Ferrer, Ricardo Haro y Antonio María Hernández.

Ha sido becario de la Escuela Nacional de Administración Pública del Gobierno Español en la Universidad de Alcalá de Henares, 1973.

Becario del Curso de Formación de Instructores en Administración Municipal organizado por la IULA, Córdoba, 1985.

Becario en el Curso-Taller sobre administración de Servicios Públicos Municipales, organizado por la IULA-CELCADEL-IRAM-, Río de Janeiro, 1987.

Integró tribunales de concursos de profesores en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Córdoba, Universidad Nacional de Río Cuarto, Universidad Nacional de Mendoza, de Cuyo y de Universidad Católica de Santa Fe.

Es y ha sido consejero de tesis doctorales y tesinas de carreras de especialización e integrante de varios tribunales evaluadores de tesis doctorales.

Dictó conferencias y participó como disertante y panelista en temas vinculados a la especialidad en el país y en el extranjero.

Ha sido Presidente del ex Banco de Préstamos de la Provincia de Córdoba.

Ex Miembro del Directorio de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC).

Ex Vocal del Colegio de Abogados de Córdoba (años 1973-1975).

Ex Vicepresidente del Colegio de Abogados de Córdoba (1976-1979).

Miembro titular del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

Conjuez de la Cámara Federal de Córdoba durante los años 1984 a 1987 y en 1992.

Ha sido autor y colaborador de libros vinculados al Derecho Público y publicado artículos sobre su especialidad en las revistas argentinas *La Ley*, *El Derecho* y *Foro de Córdoba*.

GUILLERMO E. BARRERA BUTELER

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, expedido el 1 de diciembre de 1995.

Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Expedido el 15 de mayo de 1980.

Ha publicado los siguientes libros:

— *Provincias y Nación*. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

— *Derecho Constitucional — Cuadernos de estudio — Cátedra C* (en coautoría con las abogadas Magdalena Álvarez y Andrea Lucas Garín). Edición de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2004.

— *Propuesta para la reforma constitucional*, Advocatus, Córdoba, 1994, en coautoría con el Dr. Rafael Vaggione.

— *Constitución de la Provincia de Córdoba - Concordancias, legislación, jurisprudencia*, Advocatus, Córdoba, 2007.

Obtuvo el "Premio Provincias Unidas", edición 1997, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, resuelto en sesión especial del 15 de abril de 1997. Entregado en acto público el 20 de mayo de 1997.

Actualmente, es Profesor Titular por concurso, en la Cátedra B de Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba desde 2006 (Legajo 24.911), y Profesor Titular por concurso, de la Cátedra C de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba desde 2007 (Legajo 24.911).



A su vez, se desempeña en los siguientes postgrados: "Diplomatura en Derecho Municipal", Secretaría de postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Secretaría de Post Grado. Director Académico; "Carrera de Especialización en Derecho Público", Secretaría de postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Secretaría de Post Grado. Profesor a cargo de la materia "Derecho Procesal Constitucional" desde el año 2000. Profesor a cargo de la materia "Derecho Constitucional" desde el año 2005; "Diplomatura en Derecho Municipal", Secretaría de postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Secretaría de Post Grado. Director Académico.

Es miembro del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, desde el 9 de octubre de 2006.

Es consiliario en el Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba en representación del estamento docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, desde 2002 y reelegido en 2004 y 2006.

Es vocal de la Cámara de Apelaciones de 3ª Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba desde el 10 de mayo de 2004.

LUIS CORDEIRO PINTO

Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Postgrado en Derecho de la Administración Pública.

Curso sobre Administración y Desarrollo Urbano dictado por el Instituto de Estudios de Administración Local de Madrid, España, con beca de la Organización de los Estados Americanos.

Curso de Administración Presupuestaria y control de gestión, realizado en la República Federal de Alemania, en condición de becario de la Fundación Alemana para el Desarrollo Internacional.

Becario de la Fundación Fonds Bekaert, en Bruselas Bélgica, para asistir en las Universidades Europeas, al Seminario Internacional para dirigentes de los Centros de Formación de América Latina.

Postgrado organizado por la Universidad Libre de Bruselas, sobre tratamiento de datos socioeconómicos para la investigación social.

Curso sobre Análisis del Discurso dictado por la Facultad de Filosofía de la Universidad Nacional de Córdoba.

Cursante de la Maestría en Socio Semiótica dictado por el Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba.

Instructor del Curso de Formación de Instructores de la IULA —Organización Mundial de los Gobiernos Locales—.

Coordinador de la Sección de Derecho Público del Centro de Investigaciones Jurídica y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

Profesor e Investigador del Instituto de Ciencias de la Administración de la Universidad Católica de Córdoba

Asesor de la Convención Constituyente Nacional y Provincial y Convencional Constituyente de la Ciudad de Córdoba.

Presidente de la Sala Laboral, Contencioso Administrativo y Electoral del Consejo de la Magistratura en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, organismo que selecciona a los candidatos a Jueces del Poder Judicial.

Vice-Presidente del encuentro sobre el Constitucionalismo en Tiempos de Emergencia, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Constitucional.

Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Profesor de la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

ARTURO H. ITURREZ

Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, el 19/7/1957. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, otorgado en diciembre de 1968 por la misma Facultad.

Profesor Adjunto, por concurso, de Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Córdoba Profesor Titular, por concurso, del Departamento de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Catamarca.

Inició la docencia en 1959 como profesor de Historia y Educación Democrática en el Instituto José María Paz Cofundador y profesor de Historia en el Instituto Pío XII, en 1959.

Hizo la adscripción en la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal en los años 1963 y 1964. En 1965 es nombrado por concurso auxiliar docente en esa cátedra; Jefe de trabajos prácticos en 1966 y 1967. Hizo el curso para graduados sobre "Lógica, pedagogía, hermenéutica jurídica y ética" durante 1967, en la Facultad de Derecho. En 1968 es nombrado en la misma Facultad Profesor Adjunto interino en la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal. Después concursó el cargo, desempeñándolo en forma ininterrumpida hasta 1994. El último concurso fue en 1986.

Ejerció la profesión de abogado durante veintidós años. Ha sido asesor jurídico de DINFIA (Empresa del Estado) desde 1958 hasta junio de 1969. Procurador del Tesoro de la Provincia de Córdoba desde marzo de 1971 hasta mayo de 1973. Desempeñó igual cargo en 1976, hasta agosto de 1978.

Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, en el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba desde agosto de 1978 hasta marzo de 1989. Renunció para jubilarse.

Fue miembro de la Asociación de Profesores de Derecho Constitucional, desde su creación hasta 1995. Asistió a diversos encuentros y congresos nacionales e internacionales de la materia, donde presentó ponencias y exposiciones. Publicó numerosos artículos y monografías sobre la materia, en particular, en derecho municipal. Es coautor del Manual de Cátedra, publicado en 1985 por la editorial Depalma; coautor del libro *Cartas Orgánicas Municipales* editado en 1991, por la editorial de Mateo García; coautor de las *Nuevas Constituciones Provinciales*, Depalma, 1989 y también de la *Constitución de Córdoba Comentada, La Ley*, 2000. Miembro titular del Tribunal de Doctorado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba), en las Cátedras de Derecho Constitucional Derecho Administrativo y en Derecho Público Provincial y Municipal.

Ha juzgado y calificado cuatro tesis.

ARMANDO MAYOR

Profesor Titular de las Cátedras de Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba (UCC) y Profesor Adjunto de la Cátedra en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Católica de Córdoba.

Autor de libros y publicaciones.

Profesor de postgrado e investigador. Dirige equipos de investigación.

Convencional Constituyente Municipal de la Ciudad de Córdoba.

Distinción Jerónimo Luis de Cabrera, Premio Universidad Nacional de Córdoba, Premio Henocho D. Aguiar y Distinción de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Abanderado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (promedio de 9.87). Abanderado de la Universidad Nacional de Córdoba. Magister en Dirección y Gestión Pública por la Universidad Carlos III de Madrid.

Ha realizado numerosos Postgrados entre los que se destacan los de Especialización en Derecho Constitucional (Universidad de Salamanca) y de Especialización en Derecho Comunitario (Universidad de Salamanca), en Municipalismo Español (Valencia) y en Teoría Política y Sociología (FLACSO).

Es Escribano, Universidad de Morón. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Unión Internacional de Municipalistas con sede en Granada, España. Ha desempeñado distintas funciones públicas. Actualmente se desempeña como Presidente de la Cámara de Apelaciones de Faltas de la Ciudad de Córdoba.

RICARDO A. VERGARA

Ex Secretario del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

Ex Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán.

Vocal de la Excm. Sala I de la Cámara del Trabajo de la Provincia de Córdoba.

Profesor Adjunto de la Cátedra B de Derecho Público Provincial y Municipal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.

Profesor de la Maestría en Desarrollo Urbano. Facultad de Arquitectura y Urbanismo. Universidad Nacional de Córdoba.

Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

173