

ISSN 2618-5121 (web)

# FORUM

08

AÑO 2019

REVISTA  
DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA  
UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA



# **FORUM**

**REVISTA DEL  
CENTRO DE DERECHO  
CONSTITUCIONAL**

**– N° 8 - Año 2019 –**



# FORUM

## REVISTA DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

– Nº 8 - Año 2019 –

**Facultad de Derecho  
Universidad Católica Argentina**

**ORLANDO JUAN GALLO**

**Director del Centro de Derecho Constitucional**

**ROBERTO ANTONIO PUNTE**

**Director de la revista**

**SOFÍA CALDERONE**

**Secretaria de redacción**

**FACUNDO MENEM**

**Asistente editorial**



Editorial de la Universidad Católica Argentina

Los autores de los artículos publicados en el presente número ceden sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore su versión digital al Repositorio Institucional "Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina" como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica

## **UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA**

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA  
A. M. de Justo 1400 • P.B., Contrafrente • (C1107AAZ)  
Tel./Fax 4349-0200 • educa@uca.edu.ar  
Buenos Aires, diciembre de 2019

ISSN: 2618-5121 (web)

---

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723  
Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

**AUTORIDADES**  
**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA**  
**“SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES”**

**Rector**

Dr. Miguel Ángel Schiavone

**Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica**

Dra. María Clara Zamora

**Vicerrector de Integración**

Pbro. Gustavo Boquín

**Secretario Académico**

Dr. Gabriel Limodio

**Administrador General**

Dr. Horacio Rodríguez Penelas

**FACULTAD DE DERECHO**

**Decano**

Dr. Pablo María Garat

**Director de la Carrera**

Dr. Daniel A. Herrera

**Secretario Académico**

Dr. Carlos Muñiz

**Director de Investigación Jurídica Aplicada**

Dr. Nicolás Lafferriere

**Director de Posgrado**

Dr. Gustavo Costa Aguilar

**Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas**

Dr. Fernando Ubiría

**Director de Relaciones Institucionales**

Dr. Néstor Raymundo

**Centro de Derecho Constitucional**

**Director**

Orlando J. Gallo

**Revista FORUM**

**Director de la Revista**

Roberto A. Punte

**Secretaria de Redacción**

Sofía Calderone

**Asistente Editorial**

Facundo Menem (Pontificia Universidad Católica Argentina, Argentina)

**Consejo Editorial**

Ezequiel Abásolo (Pontificia Universidad Católica Argentina, Argentina)

Juan M. Clérico (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)

Germán Masserdotti (USAL, Buenos Aires, Argentina)

Florencia S. Ratti Mendaña (Pontificia Universidad Católica Argentina –  
UNLZ, Buenos Aires, Argentina)

Luis M. Roldán (h.) (Pontificia Universidad Católica Argentina, Argentina)

**Consejo Académico**

Miguel Ayuso (Universidad Pontificia Comillas - Madrid - España)

Carlos I. Salvadores de Arzuaga (USAL- Buenos Aires – Argentina)

Sergio Raúl Castaño (UNSTA - CONICET- Tucumán- Argentina)

Héctor Hernández (Universidad FASTA - Mar del Plata – Argentina)

Juan Cayón Peña (Universidad de Nebrija – Madrid - España)

Eduardo Quintana (Pontificia Universidad Católica Argentina -  
Buenos Aires - Argentina)

Débora Ranieri de Cechini (Pontificia Universidad Católica Argentina -  
Buenos Aires - Argentina)

Alfonso Santiago (h.) (Universidad Austral - Buenos Aires - Argentina)

Juan Fernando Segovia (Universidad de Mendoza – CONICET -  
Mendoza - Argentina)

Camilo Tale (Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina)

Carlos A Egües (Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

Alberto Dalla Vía (Universidad de Buenos Aires,  
Ciudad de Buenos Aires, Argentina)

## FORUM

FORUM es la revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, de edición semestral, y el vehículo de difusión de los estudios académicos surgidos de investigaciones realizadas por los docentes que integran el Centro de Derecho Constitucional. Incluye también textos elaborados por profesores y especialistas que participan en calidad de invitados. La verdadera ciencia jurídica *“exige el diálogo con los hechos y con las circunstancias, la recepción de las tradiciones institucionales, de la constitución histórica, y del más amplio contexto de las fuentes para su interpretación y aplicación. Esto significa sentirse herederos de una tradición compleja, jurídica, histórica, social. Intérpretes hoy de valores éticos sostenidos en la fe cristiana según el magisterio perenne de la Iglesia y, a la vez, impulsados a su vigencia del mejor modo. En plenitud de consonancia para que la norma no solo sea respetada en verdad sino que esta verdad, al convertirse en vigencia, alimento de justicia y de paz las situaciones en que deba enseñarse o aplicarse”* (FORUM N° 1, 2013, Editorial).

En esta línea, FORUM busca pensar el derecho público desde la concepción iusnaturalista, tomando como guía los principios fundamentales de la justicia y el orden natural, iluminados por la Fe. Su cobertura temática comprende: derecho constitucional; filosofía del derecho; derecho internacional público; derecho administrativo; historia del derecho; derecho canónico y eclesiástico y derecho comparado.

Nuestros lectores son profesores, investigadores, legisladores, jueces, abogados y estudiantes. En las últimas páginas se incluyen las Normas de Publicación para los autores junto con el sistema de evaluación empleado para la selección de las colaboraciones por publicar.

Los autores de los artículos publicados, además, ceden sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que se incorpore una versión digital al Repositorio Institucional de la Universidad Católica Argentina también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.

Todos los contenidos de la revista se encuentran disponibles en la Biblioteca Digital de la Universidad.

Datos de contacto para suscripciones, canjes, envíos de trabajos y correspondencia:

Av. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107  
Pontificia Universidad Católica Argentina  
Buenos Aires, Argentina  
Mail: forum@uca.edu.ar

FORUM is the Journal of the Constitutional Law Center of the School of Law of the Pontifical Catholic University of Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, published every semester. The journal provides coverage of the academic research carried out by teachers who integrate the Center of Constitutional Law. It also includes papers prepared by professors and specialists who participate as guests. The true legal science “(...) requires dialogue with facts and circumstances, embracing both the institutional traditions and the historical constitution, and the broader context of the sources for their interpretation and application. This means feeling heirs of a complex, legal, historical and social tradition, acting as interpreters of ethical values sustained in the Christian faith according to the perennial teaching of the[Catholic] Church and, at the same time, driven to its actual validity. In agreement with the fact that the norm not only may be respected as truth but also, when it is perceived as valid, nourishes with justice and peace the situations in which it must be taught or applied” (FORUM N° 1, 2013, Editorial).

In this line, FORUM seeks to think about Public Law from the standpoint of natural law, taking as a guide the fundamental princi-

ples of justice and natural order, illuminated by the Faith. Its thematic coverage includes: Constitutional Law; Philosophy of the Law; Public International Law; Administrative law; Law history; Canon Law and Ecclesiastical and Comparative Law. Our readers are professors, researchers, legislators, judges, lawyers and students. The last pages include the Publication Norms along with the evaluation system used for the selection of the collaborations to be published.

In addition, the authors of the published articles as sign their rights to the publisher, in a non-exclusive manner, so that a digital version is incorporated into the Institutional Repository of the Argentine Catholic University as well as into other databases that are considered of academic relevance. All the contents of the journal are available in the University's Digital Library.

Contact information for subscriptions, exchanges, work submissions and correspondence:

Av. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107  
Pontificia Universidad Católica Argentina  
Buenos Aires, Argentina.  
E-mail: [forum@uca.edu.ar](mailto:forum@uca.edu.ar)



## SUMARIO

<b>Editorial:</b> El federalismo y el desarrollo federal como programa de Estado en el siglo XXI.....	13
---	----

### Artículos de investigación

RODOLFO C. BARRA El procedimiento como elemento esencial en la toma de decisión de los órganos de gobierno (Procedure as essential in government bodies decisions) .....	19
---	----

### Notas o comentarios

LUIS FEDERICO CANEDI Régimen de Coparticipación Municipal ¿Deber o conveniencia? (Municipal coparticipation regime. duty or benefit?).....	35
---	----

### Recensiones, crónicas y ensayos

ROBERTO A. PUNTE Sobre las denominaciones de la República Argentina en relación con el utilizado en la declaración de la independencia y en documentos posteriores (On the denominations of the Argentine Republic in relation to the denomination used in the declaration of independence and in later documents .....	53
--	----

MATEO GARCÍA FUENTES Ensayo sobre el Principio dispositivo y de congruencia como límites a la inconstitucionalidad de oficio (Notes on the device and congruence principles as limits on the ex officio declaration of unconstitutionality).....	65
FLORENCIO HUBEÑÁK Una relectura de la Ciudad de Dios de San Agustín desde la historia (A relecture of St. Augustine's City of God from a historical perspective) .....	73
MARIANO PALACIOS Recensión: El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo: Decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes. Régimen constitucional, ley 26.122 y práctica legislativa y jurisprudencial, por Alfonso Santiago, Enrique Veramendi y Santiago M. Castro Videla (primera edición), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2019, 416 págs. .	93
DALMACIO MERA Crónica del concurso monográfico por los 25 años de la Reforma Constitucional organizado por el Honorable Senado de la Nación (Chronicle of the competition organized by the Honorable Senate of the Nation to honor the 25 years of the Constitutional Amendment).....	103
 <b>Documentos</b>	
La confirmación en un fallo de un principio fundamental de nuestro sistema jurídico: Partido Justicialista orden nacional y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional – Estado Nacional s/amparo. Fallo con comentario de Alfonso Santiago (Ruling confirms a Fundamental Principle in our Legal System: Partido Justicialista orden nacional y otros c/Poder Ejecutivo Nacional – Estado Nacional s/amparo-. Complete ruling and a comment by Alfonso Santiago) .....	109

## EDITORIAL

### EL FEDERALISMO Y EL DESARROLLO FEDERAL COMO PROGRAMA DE ESTADO EN EL SIGLO XXI

PABLO MARÍA GARAT<sup>1</sup>

Para fundamentar adecuadamente la afirmación según la cual el *federalismo es nuestro programa constitucional de Estado* y que *el desarrollo federal es la más importante de nuestras políticas de Estado*, es necesario realizar algunas consideraciones previas.

El desarrollo humano –bajo cualquier forma de Estado– debería tener siempre como objetivos su evolución y crecimiento de modo que asegure sus beneficios para todas las familias y grupos sociales. Bajo un régimen político o forma de Estado federal estos objetivos plantean el desafío adicional de proponerse alcanzar la justicia social con equidad regional y pleno respeto de la unidad en la diversidad, en el marco del reconocimiento de las autonomías locales, por la vigencia del principio de subsidiariedad.

En este marco, estamos convencidos de que para asegurar la justicia, la paz social, el equilibrio y la equidad regional para el desarrollo de las provincias y los municipios en todo el territorio nacional, el federalismo es el camino natural y el programa de Estado que la Constitución Nacional ha establecido con mucha claridad.

1. Profesor protitular de Derecho Constitucional y Derecho Constitucional Tributario en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina; decano de la facultad para el período 2019–2021. Correo electrónico: pablogarat@uca.edu.ar

En efecto, en materia económica social y fiscal, nuestra Constitución establece el federalismo también para asegurar los derechos económicos y sociales que garantiza en el Preámbulo y los artículos 14, 14 bis, 16, 17 y 33, con el marco de los artículos 1; 4; 75, incisos 1, 2, 3, 17, 18, 19, 8, 9 y 6; 41; 42; 99, incisos 8 y 9; 100, inciso 1; 103; 124; 125, 123, y 129, que sugerimos leer con esta secuencia ya que no podemos transcribirlos ni comentarlos aquí por razones de espacio.

Pero cabe preguntarse: ¿cuáles son las condiciones previas para que pueda realizarse en plenitud el programa para el desarrollo federal enunciado en la Constitución?

En nuestra opinión, un orden constitucional de plena inclusión socioeconómica requiere el consenso previo entre todos los sectores productivos y las diversas fuerzas políticas sobre –al menos– cuatro objetivos estratégicos permanentes: el arraigo de las familias en el territorio de su municipio por el acceso a la propiedad y el trabajo; el acceso a la nutrición y educación básica para todos los niños; el fortalecimiento de las economías regionales (regiones interprovinciales en el caso argentino) por la mayor integración de las cadenas de valor en la producción de un bien o servicio; la distribución equilibrada y solidaria de la renta fiscal federal.

A ello se debe agregar que en la Argentina la cuestión regional tiene características especiales. En nuestro ordenamiento constitucional la estructura del Estado federal se integra con tres niveles de Gobierno: el federal, el provincial y el municipal. Además, se ha reconocido a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como un sujeto formal dentro de esta estructura con un rango mayor al de un municipio, pero no exactamente idéntico al de las provincias. Por ello, el necesario acuerdo político e institucional ha de fundarse en respuestas de consenso a cuatro preguntas específicas: ¿Qué actividades debe realizar cada *nivel de gobierno*? ¿Quién decidirá respecto de ellas y en orden a su ejecución? ¿Dónde se las va a desarrollar? ¿Qué recursos fiscales se necesita para atenderlas?

O sea, entre nosotros la región no constituye un nivel de gobierno. Sin embargo, y conforme al art. 124 de la CN, las provincias, sin intervención del Gobierno Federal, por su sola decisión pueden “*crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos para el cumplimiento de sus fines (...) con conocimiento del Congreso de la*

*Nación*". Incluso pueden organizar, a partir de las autoridades de las provincias que las integran, juntas de gobernadores, o parlamentos regionales, pero sin que la región constituya un sujeto formal dentro de la estructura constitucional del Estado federal, sino un ámbito institucional de relaciones interjurisdiccionales y cooperación.

Conforme a esto, y en la perspectiva del desarrollo federal, la cuestión regional es estratégica para que pueda aspirarse a un razonable nivel de éxito en su concreción, particularmente dado el alto grado de interrelación y concurrencia, lo cual conduce, asimismo, al tema de la *descentralización* y la *integración* de las acciones de gobierno.

En tercer lugar, es condición previa en la Argentina para alcanzar un desarrollo federal pleno el acuerdo entre el Gobierno Federal y las provincias sobre un régimen de distribución de la renta fiscal federal conforme a los principios que establece para ello la Constitución Nacional en sus artículos 4 y 75, incisos 1, 2 y 3. A esto se lo ha denominado "régimen de coparticipación federal" de los impuestos nacionales, cuya propiedad corresponde al Estado federal, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sin embargo, la regulación legal del régimen de cada tributo nacional, su recaudación y distribución se encuentran a cargo del Gobierno federal.

Originalmente el diseño constitucional previó que el Gobierno federal debía sostenerse con las rentas de los derechos de exportación e importación o impuestos sobre el comercio exterior, y solo excepcionalmente con los impuestos internos, pero las crisis internacionales de 1890 y 1930 provocaron el avance del Tesoro Nacional sobre estos recursos que correspondían a las provincias. Para moderar las consecuencias de esto se adoptó el sistema de coordinación impositivo denominado de "coparticipación". A pesar de ello, a partir de la crisis del sistema previsional en los años noventa del siglo pasado y la necesidad de financiar su déficit con impuestos, además de los aportes y contribuciones de trabajadores y empresarios, se produjo lo que el profesor RICHARD BIRD denominó, al visitar la Argentina, el "laberinto de la coparticipación". Este es un complejo entramado de leyes impositivas y otras que detraen parte de los recursos coparticipables, que deberían acreditarse a las provincias, para atender el déficit previsional de pensiones.

Sin resolver esta cuestión y salir de este “laberinto fiscal”, la Argentina continuará deslizándose hacia un sistema imperfecto de transferencias condicionadas hacia las provincias –ajeno a nuestro sistema fiscal federal originario– y a la vez mantendrá un nivel de presión tributaria que compromete aún más el desarrollo.

Lo anterior tiene directa vinculación con el interrogante planteado con relación a cómo se igualan los desequilibrios regionales entre provincias económicamente fuertes y débiles.

Al respecto es necesario precisar que en la organización constitucional argentina los dos instrumentos de política económica, financiera y fiscal más importantes para la asignación de los recursos públicos son el presupuesto federal y la ley convenio de coparticipación federal.

Por otra parte, si, como se ha dicho, en nuestra historia constitucional gobernar es poblar pero también crear trabajo, tenemos la convicción de que ocupar todo el territorio nacional con familias arraigadas, con educación de calidad y empleo genuino, no es otra cosa que cumplir el mandato constitucional del artículo 14 bis (cláusula “social”) y la nueva cláusula del desarrollo humano del artículo 75, inciso, 19 de la Constitución Nacional, que expresa: *“Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”*.

Para hacer esto posible, desde la reforma de 1994 contamos con un eje preciso definido en los incisos 2, 8 y 19, segundo párrafo, del artículo 75, que vinculan los dos instrumentos arriba citados y, a su vez, este último con el artículo 125.

El inciso 2 se refiere a la llamada “coparticipación federal” y contempla que *“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”*.

Por el inciso 8 se establece: *“Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración Nacional,*

*en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión”.*

El tercer párrafo del inciso 2 del artículo 75 allí mencionado, y que conecta la coparticipación y el presupuesto como los dos instrumentos más importantes entre nosotros para la asignación de los recursos públicos, dice: *“La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre estas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional”.*

Finalmente, en la misma cláusula del desarrollo humano del artículo 75, inciso 19, se completa el eje del programa constitucional para el desarrollo federal: *“Corresponde al Congreso (...) 19 (...) 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”.*

Este aspecto de la arquitectura de la reforma de 1994, al vincular los incisos 2 y 8 del artículo 75 e incorporar el segundo párrafo del inciso 19 del mismo artículo (sin olvidar normas concordantes en el diseño del régimen federal como los nuevos artículos 123, 124, 125 y 129), constituye el marco adecuado para la recuperación y fortalecimiento del federalismo, en tanto el Gobierno federal y los Gobiernos de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y luego especialmente el Senado de la Nación –como el ámbito constitucional para la concreción del marco legislativo de todo acuerdo federal–, asuman el mandato histórico expresado en el Preámbulo de *“constituir la unión nacional, afianzar la justicia y consolidar la paz interior”*, y, desde esta perspectiva, promover el desarrollo federal y el progreso económico con justicia social y equidad territorial para la realización del Bien Común.



# EL PROCEDIMIENTO COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA TOMA DE DECISIÓN DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO

## PROCEDURE AS ESSENTIAL IN GOVERNMENT BODIES DECISIONS

RODOLFO C. BARRA<sup>1</sup>

### RESUMEN

El artículo analiza la relevancia del procedimiento como elemento fundamental en la toma de decisiones de los tres órganos superiores del Gobierno-Estado. Para ello, tomamos como punto de partida la noción de función como concepto jurídico-organizativo y, desde la distinción de las tres funciones de gobierno, abordamos el procedimiento en sus diversas manifestaciones, con especial énfasis en las peculiaridades que asume a partir de las características propias de la decisión gubernamental de que se trate: ley, sentencia o acto administrativo. Finalmente, examinamos en qué casos y con qué alcance procede el control del procedimiento y a quién compete ese control.

1. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina (1980), ex Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ex Convencional de la Convención Reformadora de la Constitución Nacional en 1994; profesor emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: rbarra@fcb.com.ar. Recibido el: 1/12/2019; arbitrado el 5/12/2019.

**PALABRAS CLAVE**

Procedimiento - Toma de decisiones - Control judicial – Función legislativa – Función administrativa – Función judicial

**ABSTRACT**

The article deals with procedure as fundamental in the decision-making of the three branches of Government. To start with, we analyze the notion of function as a legal concept. Then we approach the procedure in its various aspects, with special emphasis on the particular features of each government decision, such as statutes, judicial decisions or administrative acts. Finally, we examine when and how the control of such procedure is exercised.

**KEY WORDS**

Separation of powers – Administrative law- Common Good- Judicial review– Decision making process

**INTRODUCCIÓN: FUNCIÓN Y ACTIVIDAD**

Las organizaciones son creaciones humanas (salvo el orden natural, que es de creación divina) para, en la persecución de determinados objetivos o fines, actuar con *eficacia*, es decir, con éxito, y con *eficiencia*, esto es consiguiendo la máxima utilidad o rendimiento del objetivo con la mínima inversión de costos, ya sean económicos, de tiempo, de esfuerzo, jurídicos (lesión de derechos), pérdidas humanas (en la guerra), etc.

Así, la organización es una creación racional, que puede o no ser dotada de subjetividad jurídica, y que puede o no ser autosuficiente, ya que es posible —y más que frecuente— la existencia de organizaciones menores dentro de otras organizaciones mayores. Una organización que se distingue especialmente es la gubernamental, es decir, la encargada del *Gobierno* (personificado en el Estado) o conducción superior de otra organización mayor que es la comunidad política. A esta tam-

bién la podemos denominar “ordenamiento jurídico” (Santi Romano<sup>2</sup>) cuando la consideramos desde la perspectiva de su juridicidad.

Los documentos fundacionales del constitucionalismo moderno<sup>3</sup>, además de la afirmación de los derechos humanos, se destacan por el énfasis puesto en la organización gubernamental, establecida, precisamente, al servicio del objetivo principal —la garantía de los derechos— con eficacia y eficiencia<sup>4</sup> (esta dupla sistémica, como veremos, será desarrollada con el tiempo también como principio de razonabilidad y proporcionalidad).

El dato organizativo principal en esta construcción, que fue conceptual y práctica, es el de la distinción y armonización de los denominados “poderes” del Gobierno, cuya gran expresión se encuentra en el texto de la Constitución norteamericana de 1787 que, como sabemos, en su texto original, anterior a las diez primeras enmiendas de 1791 (denominado el *Bill of Rights*) era puramente organizativa.

Como trataré de sugerir, un dato esencial en tal organización es el procedimiento de toma de decisión, común a los tres “poderes”, para lo cual necesitareé ubicar la funcionalidad organizativa o sistémica de ellos<sup>5</sup>. Para ello debemos distinguir, primero, la actividad jurígena material de la función como dato organizativo. Luego referire-

2. Nos referimos, precisamente, a su obra *El ordenamiento jurídico* (Madrid, España, Editorial Reus, 2012, *passim*).

3. Sin menospreciar su enorme importancia, no está demás advertir que tales documentos, y las ideas que los inspiran, son también producto del pensamiento judeo-helénico-romano-cristiano, desde el fondo de nuestra historia.

4. La Declaración del 4/7/76, luego de enumerar algunos de los derechos inalienables, cuya existencia es autoevidente, sostiene que para garantizarlos “se instituyen entre los hombres los gobiernos”, y que el pueblo tiene derecho a “organizar sus poderes (del gobierno)” para mejor garantía de eficacia y eficiencia. Esta idea luce también en el art. 2 de la francesa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y su dogmático art. 16 “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”. También en la Constitución gaditana de 1812 (por ejemplo, el art. 4 y luego los títulos y capítulos destinados a la organización del gobierno de las Españas: las Cortes, el Rey, las Secretarías de estado y del despacho, el Consejo de Estado, los Tribunales).

5. Ampliar en BARRA, Rodolfo. *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, T. 1, Capítulo V, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2018.

mos al procedimiento y a sus dos categorías, el procedimiento formal o adjetivo y el debido proceso sustantivo. Culminaremos con algunas reflexiones sobre el debido proceso como garantía constitucional esencial para el mantenimiento del orden democrático.

## I. DISTINCIONES

### A) *La actividad jurígena material*

Por actividad entendemos la relación de la expresión de la voluntad gubernamental con el tipo de norma jurídica, ya sea que le dé nacimiento, la aplique a situaciones concretas de gestión o resuelva conforme a ella los conflictos intersubjetivos.

Podemos individualizar así, desde este punto de vista exclusivamente material-*jurígeno*, la actividad legislativa, la actividad ejecutiva y administrativa y la actividad jurisdiccional.

Estas tres actividades son connaturales al Gobierno de la comunidad política, pues son los medios o instrumentos de expresar jurídicamente su *poder* (causa formal) para obtener su fin propio y específico: el bien común (causa final). Por ello, como el poder se expresa con tales medios, es aceptable identificar a los tres como “poderes”, siempre dentro de un solo “poder” principal, que es el de gobierno.

Notemos que la Constitución de Estados Unidos otorga estos “poderes” a tres órganos que no son del Estado, ya que allí los que existen son “los Estados” locales, que se encuentran unidos en un “Gobierno” u órgano de coordinación y conducción superior. La Constitución argentina manifestó esto en forma expresa, al definir, como autoridades de la Nación, al “Gobierno Federal”, con sus tres poderes, y a los gobiernos de provincia. El término Estado Nacional vendría utilizado años después por el Código Civil para definir la calidad subjetiva del Gobierno, es decir, para personalizarlo. Esta cuestión terminológica puede ser diversa según los ordenamientos jurídicos, especialmente en los parlamentarios.

Históricamente, y por supuesto simplificando el análisis, *las tres actividades se encontraban residenciadas en un solo órgano*, el que se hallaba en el vértice de la pirámide organizativa gubernamental.

El triunfo de la revolución burguesa contra la aristocracia (proceso que cubrió gran parte de la segunda mitad del siglo XVIII —e incluso antes en Inglaterra— y tuvo sus mayores expresiones exitosas en las ya mencionadas revoluciones Americana y Francesa), significó despojar al rey de las atribuciones que más afectaban a los intereses de la burguesía: la legislación sobre materias atinentes a la libertad personal y propiedad y la interpretación de esas leyes con carácter y efectos de cosa juzgada.

Por eso a los órganos ya existentes que realizaban tales actividades, pero respetando la posible decisión final por el rey, se les modificó cualitativamente sus mismas competencias. Así nacieron los órganos superiores del Gobierno-Estado; cada uno de ellos ejercerá el poder político (que es único e indivisible) de tal manera que cada uno de ellos “tiene” consigo las tres propiedades del Gobierno. Los tres, dentro de la esfera de la propia competencia, ejerciendo actividades materialmente legislativas, jurisdiccionales y administrativas y, especialmente en el modelo norteamericano de controles y balances, con una separación funcionalmente armónica.

### ***B) La función como dato jurídico-organizativo***

Con el constitucionalismo moderno el Gobierno-Estado cuenta con tres órganos superiores y de máxima jerarquía. Como los tres realizan —en mayor o menor medida— las tres clásicas actividades juríginas gubernamentales *la materialidad de sus cometidos se torna insuficiente para definirlos y distinguirlos más allá del aspecto subjetivo u orgánico.*

Sin embargo, estos órganos superiores no pueden ejercer, en todos los casos y de cualquier modo, las tres actividades del Estado con relación a la norma jurídica. Lo tienen que hacer conforme lo establece la Constitución. Por de pronto, cada uno de los órganos jerárquicos del Estado realiza las tres actividades según un *procedimiento* preponderante y específico.

De esta manera, el Ejecutivo expresa su voluntad conforme a un procedimiento preponderantemente jerárquico, mientras el Legislativo lo hace previa deliberación y decisión mayoritaria y el Judicial según la regla del silogismo, sin perjuicio de que la exigencia de la

razonabilidad deba ser respetada en la toma de decisiones de cualquiera de los tres poderes u órganos.

Además —como otra nota delimitadora de la “función”— si bien los tres órganos pueden expresarse a través de las tres actividades, deben respetar imperativas limitaciones en cuanto a la materia u objeto de su decisión. Por ello, por ejemplo, es indiscutible que el órgano ejecutivo realiza actividad legislativa, pero si lo hiciera sobre la materia impositiva —si creara nuevos impuestos— tal actividad, en la Argentina, sería inválida.

De aquí que la *competencia* —material, temporal y territorial— fijada por la Constitución Nacional se muestra como otro elemento indispensable para distinguir los tres órganos estatales<sup>6</sup>.

*Del compuesto de órgano, competencia y procedimiento surge la función. La función será entonces la atribución de competencia otorgada por la norma constitucional a cada uno de los órganos supremos del Estado para que realicen sus actividades jurígenas sobre materias determinadas expresa o implícitamente y preponderantemente conforme a un procedimiento típico y preestablecido.*

De esta manera, cada órgano debe ajustarse a su propia *función*, aunque, dentro de lo admitido por esta, realice materialmente las tres *actividades*, que se regirán principalmente por el derecho propio de la *función*.

Desde la perspectiva indicada, entonces, *la función es un concepto exclusivamente jurídico-organizativo*, de base principalmente constitucional —si nos referimos a las funciones constitucionales, lógicamente— y que se determina por la atribución de competencias que la Constitución le acuerda al órgano por ella también creado, para ser ejercida conforme con un procedimiento característico y determinante.

En consecuencia, resultará apropiado denominar a estas funciones de gobierno como *función legislativa*, *función ejecutiva* o *administrativa* y *función judicial*, respectivamente. Cada una de ellas, como ya fue dicho, *es el producto de la combinación de los regímenes jurídicos que corresponden al órgano, a la competencia y al procedimiento, ya que la*

6. Dice HAURIUO “Toda separación de poderes es una separación de competencias”. Cfr. HAURIUO, Maurice, *La Teoría de la Institución y de la Fundación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 47.

Constitución, al establecer estos elementos, les otorgó una manera de ser en el mundo del derecho, es decir, un régimen jurídico. Estos elementos mencionados —órgano, competencia y procedimiento— integran un verdadero sistema funcional, un compuesto que determina un régimen jurídico propio para cada función. Así tendremos el régimen jurídico de la función legislativa, el de la función ejecutiva y el de la función judicial, plenamente diferenciados entre sí.

La *actividad*, en cambio, es un concepto que describe el resultado material de una conducta —crear la norma, aplicarla en la gestión de los asuntos públicos y en la resolución neutral de los conflictos— y que se “juridiza” cuando es considerada en el seno de la función a que pertenece, es decir, adquiere consideración jurídica (régimen, efectos, etc.) de manera instantánea y conforme al régimen jurídico de la función dentro de la cual dicha actividad es ejercida.

En el seno de cada función, por tanto, con el régimen jurídico propio que a cada una de ellas le otorga la Constitución, se ejercen las actividades legislativas o normativas, las ejecutivas y administrativas y las jurisdiccionales o de resolución de “causas adversariales”, como denomina la Corte Suprema argentina a los litigios o casos.

Notemos también que la *función ejecutiva* o administrativa es la que pertenece al Poder Ejecutivo y al complejo orgánico —Administración Pública— que se le subordina. Dentro de esta es posible aislar, en el ordenamiento federal argentino, el ejercicio por el Presidente de la Nación de la que denomino “*función de jefatura o conducción superior del Gobierno*”. De esta manera, el denominado Poder Ejecutivo reconoce una subdivisión en *dos funciones diversas*: la ejecutiva propiamente dicha, o administrativa, y la función de conducción gubernamental o función presidencial o de jefatura<sup>7</sup>.

## II. EL PROCEDIMIENTO

Es un destacado hallazgo del constitucionalismo la relevancia dada al *elemento procedimiento* como *garantía* del debido cumplimiento

7. BARRA, Rodolfo. *Derecho Administrativo...*, ob. cit., pp. 49 a 51.

de la función asignada a cada órgano, pero también, y fundamentalmente, como garantía de los derechos, en tanto toda la organización, como vimos, se encuentra finalizada a tal protección, que explícita y define al bien común (recordemos que el bien común es el conjunto de condiciones que permiten, ayudan o facilitan el logro de fin propio de cada miembro de la comunidad, fin que es inescindible del pleno goce de los derechos inherentes a la dignidad humana).

Así, el procedimiento se convierte en un elemento esencial para la toma de decisión que corresponde a cada órgano constitucional, u órgano superior del gobierno, dentro del ámbito de la propia competencia, sea tal decisión una ley, una sentencia, o un acto administrativo en sentido amplio<sup>8</sup>. Ya convertido en debido proceso la exigencia del procedimiento, de los órganos superiores del Gobierno se derrama sobre los órganos inferiores, de manera que el procedimiento queda establecido como un elemento esencial y determinante de la validez decisoria de toda organización pública<sup>9</sup>.

### III. LAS DOS CATEGORÍAS PROCEDIMENTALES

Es tradicional diferenciar al elemento procedimiento, desde el punto de vista de su valor jurídico, como “*adjetivo*” y como “*sustantivo*”. Ambos integran otro gran hallazgo de los Padres Fundadores norteamericanos, complementado con la generosa interpretación jurisprudencial de lo querido por ellos: el “*debido proceso legal*”, de las Enmiendas V y XIV, que el constituyente argentino parece haber ubicado “en los pliegues” (para utilizar la expresión de la Corte norteamericana) de los arts. 18 y 28.

8. Sobre la noción de acto administrativo, tanto en sentido amplio como en sentido restringido, ver BARRA, Rodolfo, “*Derecho Administrativo...*”, ob. cit, Cap. VI, esp. & 59.

9. En ciertos casos por ley o por convención, el procedimiento puede también tener un valor igualmente relevante para las organizaciones privadas, pero sin llegar a igualar, ni cuantitativa ni cualitativamente, la situación en el “sector público”.

*A) El procedimiento formal o adjetivo*

Este es el que debe seguir el órgano constitucional para la toma de las decisiones de su competencia. Notemos que el procedimiento es el medio de conversión de los *inputs* o datos que recibe el decisor (demandas de la sociedad, ya sea de grupos o individuos, hechos naturales, etc.) en los *outputs* o decisiones destinada a incidir sobre los derechos de los mismos grupos o individuos, y también, directa o indirectamente, sobre el resto comunitario.

Las constituciones de Estados Unidos y Argentina reglamentan detalladamente los aspectos fundamentales del procedimiento que debe seguir el legislador, pero remiten al mismo Congreso definir los aspectos del procedimiento que deben respetar los órganos ejecutivo-administrativo y judicial. Esta técnica constitucional no es casual.

Seguramente persigue limitar la discrecionalidad en la creación misma del procedimiento: para variar el legislativo será necesario modificar la Constitución, mientras que para la modificación de los otros dos bastará con una nueva ley del Congreso. En definitiva, después de la Constitución, la ley es la decisión más imperativa y jerárquica en la “pirámide jurídica” del ordenamiento.

Por esto podría discutirse (el tema requeriría un estudio específico) la tradicional doctrina de la Corte Suprema argentina, según la cual queda librado al ámbito del propio poder legislativo la valoración del respeto de su debido proceso, salvo se demostrase por el impugnante la falta de concurrencia, en el caso, de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley<sup>10</sup>. Ciertamente, tales requisitos procesales mínimos e indispensables son los

10. Cfr. CSJN Joaquín M. Cullen, *por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fé c/ Baldomero Llerena, s/ inconstitucionalidad de la ley Nacional de Intervención en la Provincia de Santa Fé y nulidad*, 1893, Fallos 53:420; Soria de Guerrero, Juana Ana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A., 1963, Fallos: 256:556, CSJN; *Nobleza Piccardo SAIC. y F. c/ Estado Nacional - Dirección General Impositiva s/ repetición DGI*, 15/12/1998 Fallos: 321:3487; CSJN, *Famyl S.A. c/ Estado Nacional s/ acción de amparo*, sentencia del 29/08/2000, Fallos: 323:2256. Todos citados en la causa CSJN, *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, 04/06/2019, Fallos: 342:917.

previstos por la Constitución, mientras los complementarios y accidentales deberían ser los reglamentos de las Cámaras, pero el punto no deja de permitir sutiles disquisiciones jurisprudenciales.

El procedimiento adjetivo, además de cauce para la toma de decisión, es también elemento facilitador del control, ya sea por los órganos de control (Auditoría General de la Nación; Tribunales de Apelación, etc.) como de los mismos interesados y así, en sí mismo, garantía de protección de los derechos. Es que el procedimiento es uno de los elementos modélicos de referencia con el que comparar la decisión concreta existente en la realidad.

Lo expuesto es de aplicación, con todo rigor, en el ámbito del Poder Judicial y de la Administración Pública. Para el Congreso en cambio, ya hemos visto que el elemento procedimiento adjetivo tiene mayor elasticidad para el decisor ya que, salvando las reglas mínimas establecidas en la Constitución, la ley resulta de la voluntad mayoritaria de los legisladores, a los que, por un mecanismo de indispensable ficción política, se considera como representación de la voluntad mayoritaria de los ciudadanos.

Debemos notar que tanto para organización judicial como para la organización administrativa, la esencia del procedimiento adjetivo se expresa en cuatro principios fundamentales: derecho a ser oído, derecho a ofrecer y producir pruebas, derecho a una decisión fundada, y derecho a un tratamiento igualitario cuando en el procedimiento se debatan las pretensiones de dos o más sujetos en competencia recíproca.

En cambio, en el caso del procedimiento legislativo, estos cuatro requisitos pueden ser obviados por el decisor, que solo debe respetar las exigencias constitucionales para la elaboración y sanción del proyecto de ley a ser enviado al Poder Ejecutivo para promulgación. Se supone que el debate entre partes interesadas, la valoración de las circunstancias de hecho, la suficiente fundamentación del proyecto y el tratamiento igualitario entre los distintos bloques o representaciones políticas de los legisladores, se realiza en el trabajo de las comisiones competentes y en el debate del pleno, todo lo cual queda "saneado" cuando cada una de las Cámaras da su sanción al proyecto de ley.

**B) El debido proceso sustantivo<sup>11</sup>**

Esta categoría hace referencia principalmente a la *proporcionalidad* o *racionalidad* (como contraria a la arbitrariedad) de la decisión gubernamental, ya se trate de ley, sentencia o acto administrativo. Es que toda norma reglamenta los derechos constitucionales, en el sentido considerado en el artículo 14 de la Constitución Argentina. Aunque este se refiera expresamente a la ley (del Congreso o del Poder Ejecutivo en el caso de los decretos de legislación delegada o de necesidad y urgencia) esta garantía rige también para los actos administrativos, no solo porque así lo exige expresamente la Ley de Procedimientos Administrativos (elemento *finalidad*) sino porque el acto (particular o general) también reglamenta derechos, sin que ello obste a su validez en la medida que sea emitido dentro de la zona de reserva de la Administración.

Lo mismo cabe señalar con respecto a las sentencias judiciales, las que también en ocasiones realizan esta reglamentación (especialmente la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia constitucional), además de que la carencia de racionalidad o proporcionalidad de la sentencia genera el vicio de *arbitrariedad* y la torna revisable por la Corte Suprema de Justicia, aun en cuestiones ajenas a la Constitución (salvo la misma garantía del debido proceso) y a la legislación federal, incluso en materia de hecho y prueba.

Es que la *arbitrariedad* es un vicio que puede afectar a toda decisión del Gobierno, cualquiera sea su naturaleza (ley, sentencia, acto administrativo), cualquiera sea el órgano constitucional decisor o productor de la norma y cualquiera sea su grado de vinculación con una norma superior (actividad reglada o actividad discrecional) siempre que con ella se alteren los principios, garantías y derechos reconocidos por la misma Constitución, como resulta de su artículo 28. Toda decisión arbitraria —desproporcionada, irracional, causante de agravio concreto a una persona concreta (también a los derechos de

11. Sobre el tema, ver el clásico Linares, Juan F., *Razonabilidad de las leyes*, pp. 11 a 13, Buenos Aires, Astrea, 2015.

incidencia colectiva)— altera la sustancia de los derechos reconocidos por la Constitución.

En realidad, la Enmienda V (1791) y el artículo 28 de nuestra Constitución Nacional no son estrictamente iguales. Aquella (casi repetida, en lo que aquí interesa, en la anteúltima frase de la Enmienda XIV Sec. 1, de 1868) dispone que “ninguna persona (...) será privada de su vida, libertad, o propiedad, sin un debido proceso legal...”, mientras que, luego de ser establecido por el art. 14 el principio de que “[t]odos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamente su ejercicio...”, nuestro artículo 28 prescribe “[l]os principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Linares<sup>12</sup> recuerda que la norma fue tomada del proyecto de Alberdi (artículo 20). La ausencia de una prescripción semejante en la Constitución norteamericana, como también la ausencia de otra como la de nuestro artículo 19, ha obligado a los tribunales de aquel país a forzar la interpretación de la Enmienda V, desarrollando así el instituto garantizador del *due process of law*. Como los derechos que luego enumera el artículo 14 y otros de la misma Constitución, son los que los individuos ponen en juego en todas sus relaciones jurídicas, todos ellos son susceptibles de reglamentación, con excepción del derecho a la vida y a la integridad corporal, que, por naturaleza, no la admiten. Nuestro artículo 28 de la Constitución Nacional exige la razonabilidad y la proporcionalidad de la reglamentación de los derechos, sin necesidad de recurrir al concepto forzado (aunque ya impuesto) del “debido proceso sustantivo”, que no deja de ser un oxímoron.

#### IV. EL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL ESENCIAL PARA EL MANTENIMIENTO DEL RÉGIMEN DEMOCRÁTICO

Tan importante es el procedimiento, que el mismo constituyente lo ha establecido como un componente obligatorio de la decisión tí-

12. *Ibíd.*, pp. 160 a 162.

pica del representante de la voluntad popular: el Congreso en la sanción de la ley. En nuestra Constitución federal todo el Capítulo Quinto, Sección Primera, Título Primero de la Segunda Parte se encuentra dedicado al procedimiento de “Formación y Sanción de las Leyes” (arts. 77 a 84), sin perjuicio de las normas que para regular su propio funcionamiento sean sancionadas por las misma Cámaras.

Aun cuando, como vimos, los jueces son reticentes a intervenir en cuestiones internas de las Cámaras legislativas, en tanto suelen ser calificadas como “cuestiones políticas no justiciables” lo cierto es que en la medida que exista un legitimado para accionar y la violación del procedimiento no sea subsanable por el propio Congreso —como lo serían la mayoría de las posibles violaciones a los reglamentos de las Cámaras, mediante decisión del mismo cuerpo que las aprueba— la justicia podría declarar la inconstitucionalidad de la ley afectada por el vicio de procedimiento<sup>13</sup>, especialmente cuando tal vicio suponga, en la práctica, una violación sustancial al sistema bicameral<sup>14</sup>.

En nuestro sistema constitucional la necesidad de respetar el correspondiente procedimiento decisorio es tan trascendente que alcanza incluso al propio “poder constituyente derivado”, como lo ha señalado la Corte Suprema en un caso donde se cuestionó lo actuado por la convención constituyente reformadora provincial, *in re Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro*<sup>15</sup>. Allí se afirmó: “[e]s que la Constitución Nacional no admite la validez de una voluntad popular expresada sin respetar los principios del Estado de Derecho ni permite que las mayorías puedan

13. Ver CSJN, *Minas Petrus S.A. c/ Nación*, 1948 Fallos: 210:855 y *Nobleza Piccardo*, op. cit. En *Nobleza Piccardo*, op. cit. la actora planteó la inconstitucionalidad de la ley que establecía un impuesto, debido a que el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados (Cámara de origen imperativa) fijaba una fecha para su exigibilidad que luego fue modificada por el Senado (Cámara revisora). Sin embargo, el proyecto fue sancionado sin el correspondiente reenvío a la cámara de origen. La Corte Suprema sostuvo que en el caso no se habían cumplido los requisitos constitucionales mínimos e indispensables que rigen el procedimiento legislativo. En igual sentido, *United States v. Muñoz-Flores*, 495 U.S. 385 (1990).

14. También la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Chadha*, 462 U.S. 919 (1983)

15. CSJN, Fallos: 338:249 (2015).

derogar los principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos. El *escrutinio judicial de los procedimientos* resulta esencial para robustecer las prácticas democráticas. Estas normas constituyen un presupuesto para que la decisión mayoritaria sea válida. Por esta razón, no es admisible modificar las reglas sobre la base de los resultados que surgen luego de incumplirlas. Un principio de estas características no podría fundar la competencia política, ya que ninguna persona razonable aceptaría ser parte de una sociedad formada de esa manera”<sup>16</sup>.

También la Corte declaró inconstitucional la reforma constitucional hecha por la Provincia de Tierra del Fuego en cuanto a la extensión de sus derechos económicos en el subsuelo marítimo adyacente, porque era “(...) evidente el exceso en que incurre al pretender avanzar de manera indebida sobre atribuciones que le son adjudicadas exclusivamente al gobierno federal y, a la vez, prohibidas a las provincias (art. 75, inc. 15, ya citado, y art. 126 de la Ley Fundamental)”<sup>17</sup>. En el caso *Fayt*<sup>18</sup> similar criterio fue aplicado por la Corte Suprema, para declarar la invalidez de lo actuado por la Convención Reformadora de 1994, en cuanto introdujo una restricción al carácter vitalicio de la designación de los jueces, exigiendo un nuevo nombramiento al

16. Cons, 11, destacado agregado.

17. CSJN, *Total Austral S.A. c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de s/ acción declarativa*, sentencia del 8/9/2003, Fallos: 326:3368, cons. 9°.

18. CSJN, *Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento*, sentencia del 19/08/1999, Fallos: 322:1609. En *Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*, sentencia del 28/03/2017, Fallos: 340:257: “[d] entro de los límites de la competencia habilitada, la Convención Constituyente es libre para determinar si lleva a cabo la reforma y, en su caso, para definir el contenido de las disposiciones constitucionales que modificará (...) En caso de duda debe optarse por la plenitud de poderes de esa Convención (...) [L]a ley 24.309 (artículo 3°, tema e), al habilitar a la Asamblea reformadora de 1994 a actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo contenidas en la Constitución Nacional, incluyó los diversos componentes del proceso de designación de los jueces federales que impera en nuestro país (...) Tras la habilitación otorgada a la Convención en los términos destacados en el punto anterior, la necesaria intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo —cuando los jueces federales alcanzan la edad de 75 años— aparece razonablemente como una de las modalidades posibles reservadas al Constituyente para hacer efectiva esa competencia reconocida”.

cumplir 75 años, por haber excedido la atribución determinada por la ley 24309 que habilitara los temas para que había sido convocada. Si bien este ha dado lugar a controversias y fallos no pacíficos<sup>19</sup>, esto ha sido mas por las circunstancias de hecho de los casos concretos, que por la inteligencia del mencionado principio.

## V. REFLEXIONES FINALES

En conclusión, el escrutinio de los procedimientos resulta esencial para robustecer las prácticas democráticas. Estas normas constituyen un presupuesto para que la decisión sea válida. Por esta razón, no es admisible modificar las reglas sobre la base de los resultados que surgen luego de incumplirlas. Su incumplimiento valida la posibilidad de revisión tanto por el órgano superior como por el judicial en caso de invocación de derechos sustanciales afectados.

## VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BARRA, RODOLFO *"Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos"*, T. 1, Capítulo V, Buenos Aires, Astrea-Rap, 2018;
- HAURIOU, MAURICE, *La Teoría de la Institución y de la Fundación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968;
- LINARES, JUAN F., *Razonabilidad de las leyes*, pp. 11 a 13, Buenos Aires, Astrea, 2015;
- ROMANO, SANTI, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, España, Editorial Reus, 2012.

19. En el caso *Highton De Nolasco, Elena Inés c/ EN s/ amparo ley 16.986 (Causa N° 83656/2016)* quedó firme el fallo de primera instancia, que siguió la doctrina *Fayt, supra*, de modo que la Corte no llegó a expedirse. Cfr. Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 6°, CABA, *Highton De Nolasco, Elena Inés c/ EN s/ amparo ley 16.986 (Causa N° 83656/2016)*, sentencia del 10/2/2017, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/juzgado-contencioso-administrativo-federal-nro-6-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-highton-nolasco-elena-ines--amparo-ley-16986-fa17100000-201-7-02-10/123456789-000-0017-1ots-eupmocsollaf?> (fecha de consulta 10/4/2020).

## ***I. Normas***

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, publicada según ley N° 24.430, B.O. 10/1/1995, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> (fecha de consulta 17/3/2020);

CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS, disponible en: <https://constitution.congress.gov/constitution/> (última visita 20/12/2019).

## ***II. Jurisprudencia***

CSJN, Joaquín M. Cullen, *por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fé c/ Baldomero Llerena, s/ inconstitucionalidad de la ley Nacional de Intervención en la Provincia de Santa Fé y nulidad*, 1893, Fallos 53:420;

CSJN, *Minas Petrus S.A. c/ Nación*, 1948, Fallos: 210:855;

CSJN, *Soria de Guerrero, Juana Ana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.*, 1963, Fallos: 256:556;

*Chadha* 462 U.S. 919 (1983);

*United States v. Muñoz-Flores*, 495 U.S. 385 (1990);

CSJN, *Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento*, sentencia del 19/08/1999, Fallos:322:1609;

CSJN, *Nobleza Piccardo SAIC. y F. c/ Estado Nacional - Dirección General Impositiva s/ repetición DGI*, 15/12/1998, Fallos: 321:3487;

CSJN, *Famyl S.A. c/ Estado Nacional s/ acción de amparo*, 29/08/2000, Fallos: 323:2256;

CSJN, *Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*, sentencia del 28/03/2017, Fallos: 340:257;

Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 6°, CABA, *Highton De Nolasco, Elena Inés c/ EN s/ amparo ley 16.986 (Causa N° 83656/2016)*, sentencia del 10/2/2017, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/juzgado-contencioso-administrativo-federal-nro-6-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-highton-nolasco-elena-ines--amparo-ley-16986-fa17100000-2017-02-10/123456789-000-0017-1ots-eupmoc-sollaf?> (fecha de consulta 10/4/2020);

CSJN, *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, 04/06/2019, Fallos: 342:917.

# RÉGIMEN DE COPARTICIPACIÓN MUNICIPAL ¿DEBER O CONVENIENCIA?

## MUNICIPAL COPARTICIPATION REGIME. DUTY OR BENEFIT?

LUIS FEDERICO CANEDI<sup>1</sup>

### RESUMEN

La reforma constitucional de 1994 vino a cristalizar una necesidad que había sido anticipada por la Corte Suprema: la autonomía municipal. No obstante, el nuevo estatus que adquirió el municipio en el ordenamiento jurídico trajo aparejados otros inconvenientes que no habían sido dimensionados por la Convención Constituyente. El presente comentario propone la obligación de incluir en la futura “*Ley Convenio de Coparticipación*”, prevista en el art. 75, inc. 2º, de la CN, un régimen de Coparticipación Municipal que establezca los presupuestos mínimos que garanticen a los municipios el ejercicio de atribuciones en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero como una forma de realización del federalismo.

1. El autor es abogado y procurador (Universidad Nacional de Tucumán), magíster en Derecho Administrativo con mención de honor por mejor promedio en la promoción (Universidad Austral, 2007), alumno del Máster en Derecho Tributario (Universidad Torcuato Di Tella). Actualmente se desempeña como Director Nacional del Servicio de Conciliación Laboral Obligatorio y Personal de Casas Particulares del Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación. Correo electrónico: fcanedi@hotmail.com. Recibido: 27/5/2019; arbitrado el 13/6/2019

**PALABRAS CLAVE**

Constitución Nacional - Coparticipación Federal - Autonomía Municipal - Federalismo - Coparticipación Municipal.

**ABSTRACT**

The 1994 Constitutional Amendment crystallized a need that had been anticipated by the Supreme Court: the municipal autonomy. Despite this, the new status that municipality has acquired on the legal system brought other issues that were not considered by the constituent assembly. The present commentary proposes including in the future “Agreement Act of Coparticipation”, foreseen at article 75, section 2, of the National Constitution a municipal coparticipation regime that would establish minimum requirements to guarantee the municipalities the exercise of their attributions in the institutional, political, administrative, economical and financial order, as a way of improving the federalism form.

**KEY WORDS**

National Constitution - Federal coparticipation - Municipal autonomy - Federalism - Municipal Coparticipation.

**I. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo pretende el abordaje de una temática que ha sido muy debatida hasta la reforma constitucional de 1994, como es la autonomía municipal, y la necesidad de implementar presupuestos mínimos de un régimen de coparticipación municipal en la denominada “Ley Convenio”. Para lo cual resulta ineludible comenzar este análisis con una breve mención del Estado y su razón de ser.

Concebido el Estado como un objeto real que constituye una organización jurídico-política de la comunidad en procura del bien co-

mún<sup>2</sup>, este debe generar las condiciones necesarias para alcanzar su cometido con las herramientas que le proporciona el ordenamiento jurídico.

En el Estado de derecho impera el sistema de división de funciones e independencia de poderes, que garantiza a los habitantes el ejercicio de los derechos fundamentales e individuales a través del sometimiento de todos, incluso de este, al “ordenamiento jurídico”<sup>3</sup>.

Las modernas concepciones consideran que el “ordenamiento jurídico” no es un simple conglomerado de normas, sino que es un bloque de juridicidad integrado por las disposiciones legales, los principios generales del derecho, la doctrina, la jurisprudencia de los tribunales, los antecedentes administrativos, entre otros<sup>4</sup>.

En el vértice del ordenamiento jurídico nos encontramos con la Constitución Nacional (CN), cuyo artículo primero prescribe que la República Argentina “... adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal...” y, si bien confunde la forma de gobierno con la forma de Estado, siguiendo a GELLI: “... puede afirmarse que la primera responde a la pregunta sobre quién ejercita el poder y la segunda acerca de cuántos centros de decisión política existen en un estado...”<sup>5</sup>.

Es una democracia representativa porque el pueblo no gobierna sino a través de sus representantes, elegidos mediante el voto popular.

2. CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, t. I, pág. 39.

3. COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2002, pág. 50.

4. COMADIRA, citando un precedente de la Corte Suprema, ha expresado que “... es inherente al ejercicio de la actividad administrativa que ésta sea desempeñada conforme la ley, pues constituye una de las expresiones del poder público estatal, que tiene el deber de someterse a ella. En esa sujeción al orden jurídico radica una de las bases del Estado de Derecho, sin la cual no sería factible el logro de sus objetivos...” (COMADIRA, JULIO R., *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 102).

5. GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 18.

Es republicana porque se ha adoptado un sistema político de división y control de poderes, en la clásica división hecha por MONTESQUIEU de poder legislativo, ejecutivo y judicial<sup>6</sup>.

Por último, la idea de Estado Federal supone la descentralización de una organización política global en la que coexisten diversos centros territoriales con poder autónomo y uno aglutinante con poder soberano<sup>7</sup>.

En este sistema de gobierno, las provincias conservan todo el poder no delegado expresamente al Estado Nacional, siempre que aseguren el respeto de la forma representativa y republicana (conf. arts. 5º y 123 de la CN).

La Constitución Nacional ha cristalizado este principio en el art. 121 al establecer que “...*las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal...*”.

## II. FEDERALISMO: NOCIÓN CONCEPTUAL

En nuestro ordenamiento jurídico, el federalismo se relaciona con la idea de “descentralizar”, pero no implica indefectiblemente que un solo “centro” de poder se desprenda de facultades para concederlas a otros entes menores, sino que alude al proceso por medio del cual aquellos entes se despojan del poder, que les es propio, para otorgárselos a un ente de poder **creado**.

Señala BARRERA BUTELER: “[L]a aclaración precedente no es sólo una cuestión de palabras, sino que importa dejar de lado toda toma de posición ‘a priori’ acerca de quién es el titular originario del poder, punto éste que tiene incidencia directa en la cuestión del ‘poder residual de las partes’ o de los derechos implícitos del centro...”<sup>8</sup>.

6. Que quien hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que quien las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar su aplicación; que quien las juzgue no las haga ni las ejecute.

7. BADENI, GREGORIO, *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, pág. 330.

8. BARRERA BUTELER, GUILLERMO, *Provincias y Nación*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 22.

Es importante tener presente que toda idea auténtica de una relación federal supone la presencia de tres (3) principios fundamentales y ordenadores de la idea fuerza a la que aludimos y que, entendemos, no podemos dejar de señalar, dando brevemente sus notas principales: *solidaridad, subsidiariedad y participación*.

En primer lugar, “[e]l impulso primario que lleva a las diversas comunidades a relacionarse entre sí en una unión es la solidaridad (del latín ‘solidus’), que implica el sentirse parte de un todo con otras comunidades, de modo tal que lo que a cualquiera de ellas le acontezca no le será indiferente a las otras. En definitiva, se trata de percibir un sentido de ‘unidad de destino’ entre las diversas comunidades, de modo tal que cada una es co-responsable con las demás de lo que suceda con todas”<sup>9</sup>.

En segundo lugar, se alude a la subsidiariedad como aquel principio según el cual “... una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándole de sus competencias, sino que más bien debe sostenerle en caso de necesidad y ayudarle a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común...”<sup>10</sup>.

Este principio lleva en sí la idea de “descentralización de poder” y tiene su cabal aplicación en el sistema federal por cuanto, en principio, todas las comunidades integrantes mantienen su individualidad, su personalidad jurídica y política, así como también la gestión de sus propios asuntos<sup>11</sup>.

La subsidiariedad federal, encarnada como la conocida “ley de autonomía”, se constituye como garante de la diversidad, acotando los efectos unitivos de la solidaridad hasta limitarlos a los aspectos en los que cada comunidad particular resulta insuficiente por sí misma para alcanzar sus fines<sup>12</sup>.

El modo de expresión de este principio puede ser caracterizado en tres postulados: 1) que toda sociedad menor que pueda cumplir sus fines propios con sus medios y no ser sustituido por la sociedad

9. Ibídem, pág. 49/50.

10. Ibídem, pág. 52.

11. Ibídem, pág. 52.

12. Ibídem, pág. 53.

mayor; 2) la sociedad mayor debe ayudar y promocionar a la sociedad menor a que logre por sí misma sus fines; y 3) excepcionalmente, la sociedad mayor podrá intervenir y sustituir temporalmente a la sociedad menor cuando esta no pueda cumplir por sí misma con sus fines.

Por último, queda hablar de la participación, cuyo rol fundamental es mantener el difícil, pero necesario, equilibrio entre los extremos opuestos que conviven en el federalismo (unión y diversidad, solidaridad y subsidiariedad), por el que todas las comunidades que integran esa comunidad mayor forman parte del proceso de toma de decisiones<sup>13</sup>. Consecuentemente, las decisiones que se toman no se rechazan porque no son extrañas a la comunidad, sino que estas coadyuvan a su formación.

En nuestro sistema de gobierno, la idea de Estado federal representa el modo natural e histórico de ordenar las relaciones entre las ciudades-provincias fundacionales<sup>14</sup> y no puede concebirse simplemente como un modelo constitucional para distribuir competencia.

### III. EL MUNICIPIO A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Con la reforma constitucional de 1994 aparece, en la organización política de la Nación Argentina como forma de Estado Federal, un nuevo centro de poder autónomo: el municipio<sup>15</sup>.

13. *Ibíd*em, pág. 56.

14. GARAT, PABLO M., "El federalismo argentino y la crisis de su Estado Federal", *Revista Civilidad*, tercera época, año XXVII, N° 29.

15. "Artículo 5°.- Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones. Artículo 123.- Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero".

La Enciclopedia Universal Salvat define al municipio, en su primera acepción, como “...ciudad libre que se gobernaba por leyes propias...”<sup>16</sup>.

La autonomía municipal argentina, en el sentido aceptado hoy en día, fue una creación jurisprudencial que vino a cristalizarse normativamente con la reforma constitucional de 1994<sup>17</sup>, pero sigue siendo un concepto en construcción.

No puede referirse a la autonomía municipal sin hacer mención al *leading case* de la Corte Suprema *Rivademar, Ángela D. B. Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario* (1989)<sup>18</sup>, especialmente a sus considerandos 8° y 9°, que fueron la antesala de la reforma.

En dicho fallo se caracterizó a los municipios como entes autónomos, diferenciándolos de los entes autárquicos<sup>19</sup> y dejó establecida

16. Enciclopedia Universal Salvat S.L., Madrid, 2009, t. 22, pág. 10.622.

17. “La naturaleza del Municipio –ente autárquico o autónomo– fue materia de discusión jurisprudencial. Hasta 1989 la corte suprema había sostenido que los municipios constituían entes autárquicos territoriales de la provincias, definidas como delegaciones de los mismos poderes provinciales, circunscriptos a fines y límites administrativos, que la constitución ha previsto como entidades del régimen provincial y sujetas a su propia legislación. Pero en 1989, el tribunal mudó su doctrina y en ‘Rivademar c. Municipalidad de Rosario’ se pronunció por la autonomía municipal, señalando las diferencia de esta con los entes autárquicos”. GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 50.

18. CSJN, sentencia del 21/3/89, Fallos: 312:326.

19. Considerando 8°: “[p]or otra parte, aun prescindiendo de las prescripciones concretas de las constituciones provinciales vigentes, debe reconocerse que mal se avienen con el concepto de autarquía diversos caracteres de los municipios, tales como su origen constitucional frente al meramente legal de las entidades autárquicas; la existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, ausente en tales entidades; la imposibilidad de su supresión o desaparición, dado que la Constitución asegura su existencia, lo que tampoco ocurre con los entes autárquicos; el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales frente al de resoluciones administrativas de las emanadas de las autoridades de las entidades autárquicas; el carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios (art. 33, Cód. Civil, y especialmente la distinción hecha en el texto originario de Vélez Sársfield), frente al carácter posible o contingente de los entes autárquicos; el alcance de sus resoluciones, que comprende a todos los habitantes de su circunscripción territorial, y no sólo a las personas vinculadas, como en las entidades autárquicas; la posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios, ya que no parece posible que una entidad au-

la "... necesaria existencia de un régimen municipal impuesta por el art. 5º de la Constitución que determina que las leyes provinciales no sólo no puedan legítimamente omitir establecerlos sino que tampoco puedan privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido..." (ver considerando 9º). En igual sentido, con carácter complementario, cabe mencionar *Municipalidad de Rosario c/ Provincia de Santa Fe*, emitido por el Tribunal Címero en junio de 1991<sup>20</sup>.

Finalmente, la ley 24.309, que declaró la necesidad de la última reforma constitucional, estableció, bajo el título de "Autonomía Municipal", que debía reformarse el entonces art. 106 de la CN (ver art. 3º, inc. "b"), actual art. 123, cuya redacción vigente establece: "Cada provincia dicta su propia constitución conforme a lo dispuesto por el art. 5º asegurando la autonomía municipal reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero...".

Entre las provincias y la Nación, a partir de la reforma de 1994<sup>21</sup>, se ha iniciado un proceso de consolidación del federalismo, caracterizado por la migración conceptual al federalismo de cooperación, entre cuyas notas destacadas encontramos el reconocimiento a los municipios del derecho a su autonomía en los aspectos institucionales, políticos, administrativos, económicos y financieros<sup>22</sup>.

Compete al poder local (provincias)<sup>23</sup> fijar su alcance, de conformidad con lo normado en los arts. 5º y 123 de la CN. El constituyente estableció una autonomía municipal y facultó a las provincias a determinar su alcance<sup>24</sup>.

tárquica cree a otra entidad autárquica dependiente de ella; y la elección popular de sus autoridades, inconcebible en las entidades autárquicas".

20. CSJN, sentencia del 4/6/91, Fallos: 314:495.

21. Ley 24.309; B.O. 31/12/93, de necesidad de la reforma, prescribió en su art. 3º, inc. "b", bajo el título de "Autonomía Municipal", que debía reformarse el entonces art. 106 de la CN, lo que trajo como consecuencia el actual art. 123.

22. DALLA VÍA, ALBERTO R., *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 263.

23. GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*. 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 1020.

24. Ídem. "... la Constitución Nacional impone a las Provincias, desde 1994, el aseguramiento de la autonomía municipal en sus respectivas constituciones, pero no las obliga a establecer un único modelo de autonomía. En consecuencia, puede coexistir en una misma pro-

Determinar el grado y contenido de esta autonomía no es tarea fácil, ya que hay que analizar los factores que evidencian su existencia: 1. *autonormatividad constituyente*; 2. *autocefalía*; 3. *autarcía o autarquía*; 4. *materia propia*; y 5. *autodeterminación política*<sup>25</sup>.

#### IV. EL MUNICIPIO COMO NUEVO SUJETO DEL RÉGIMEN DE COPARTICIPACIÓN FEDERAL DE IMPUESTOS

La coparticipación federal de impuestos es un sistema de coordinación financiera que se caracteriza por unificar la recaudación de un tributo o grupo de tributos en el nivel superior de gobierno y luego, en función de algún criterio político, se distribuye entre los niveles inferiores.

Es uno de los cinco sistemas clásicos utilizados para coordinar el ejercicio del poder de imposición en Estados unitarios o federales<sup>26</sup>. Se trata –junto con la Ley de Presupuesto– de un mecanismo decisivo para la reasignación de recursos públicos destinados a realizar las políticas de Estado y constituye, por lo tanto, un efectivo instrumento de distribución vertical y horizontal entre los centros territoriales que existen en un Estado Federal.

Siguiendo a GARAT<sup>27</sup>, referimos que la convención constituyente de 1994 decidió modificar el art. 67 de la CN, hoy art. 75, cuyas ca-

---

*vincia, municipios de convención con atribuciones para dictar sus propias cartas autonómicas y municipios reglados por leyes orgánicas de las municipalidades, partidos o departamentos según se lo denomine en cada ente local, sancionadas, esas leyes orgánicas, por las legislaturas provinciales. No obstante esta flexibilidad provincial para establecer los parámetros de la autonomía municipal, aquellas no podrían ignorarla porque el artículo 123 constituye una cláusula federal cuyo incumplimiento podría revisar la Corte Suprema...".*

25. ROSATTI, HORACIO, *Tratado de Derecho Municipal*, RubinzalCulzoni Editores, Santa Fe, 1997, t. I, pág. 94.

26. Los otros son: separación de fuentes, concurrencia de fuentes, cuotas adicionales y transferencias condicionadas o incondicionadas.

27. GARAT, PABLO M., "El sistema de coparticipación federal en la organización constitucional argentina", *Revista de Derecho Público - Derecho Tributario*, Separata de la Revista 2008-1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, pág. 79.

racterísticas principales deben ser analizadas desde dos enfoques: un aspecto “sustantivo” y otro “procedimental”.

En lo que respecta al aspecto procedimental, el art. 75, inc. 2º, de la CN establece sus características: la necesidad de sancionar una “ley convenio”, que dicha norma tenga como cámara de origen el Senado de la Nación, que dicha norma sea aprobada por mayoría absoluta de los miembros integrantes de cada Cámara y que las provincias aprueben esa norma.

El abordaje de los aspectos sustantivos no puede dejar de contemplar las cuestiones atinentes a la composición de la masa coparticipable; la distribución primaria y secundaria; las garantías del régimen; la cuestión del equilibrio regional; la participación de los municipios en el régimen y, aun como sería deseable, un sistema federal de administración tributaria que asegure la eficiencia en la gestión de recursos<sup>28</sup>.

Se observa *prima facie* tres sujetos beneficiarios u obligados del régimen de coparticipación federal de impuestos: la Nación, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Pero esta enumeración no está completa, ya que la reforma constitucional de 1994 consagró la autonomía municipal y, con ella, la obligatoriedad de incluir en la nómina a los municipios.

En efecto, y más allá de la naturaleza jurídica que le cabe a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –cuyo análisis excede el presente trabajo–, la organización federal del Estado Argentino, que *ab initio* contemplaba un reparto de competencias entre Gobierno Federal y las provincias, tiene ahora un nuevo integrante que son los municipios, con las “... competencias que les reconozca la respectiva Constitución provincial en materia institucional, política, administrativa, económica y, particularmente para lo que nos interesa aquí, en materia financiera...”<sup>29</sup>.

28. GARAT, PABLO M., “Federalismo Fiscal y Sistema Fiscal Federal en la República Argentina”, en *Federalismo Fiscal. Experiencia Nacional y comparada*; cord. ASENSIO, MIGUEL A, y GARAT, PABLO M., Rubilzal-Culzoni Editoriales, Buenos Aires, 2011, págs. 159/160.

29. GARAT, PABLO M., “El sistema de coparticipación federal en la organización constitucional argentina”, *Revista de Derecho Público - Derecho Tributario*, Separata de la Revista 2008-1, Rubilzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, pág. 92.

Teniendo en cuenta que se les reconoce a los municipios la posibilidad de participar del producido de los tributos provinciales y nacionales coparticipado a las provincias, se impone la necesidad de armonizar con los regímenes superiores.

En este sentido, resulta oportuno mencionar que la constitución riojana impone a la legislatura de la provincia el deber de sancionar un régimen de coparticipación municipal que le asegure una participación en los impuestos que recaude el Estado provincial y nacional en sus respectivas jurisdicciones (ver arts. 168 y 173).

En mi opinión, es un acierto lo establecido en la constitución provincial, ya que asegura la autonomía municipal garantizando la asignación de recursos, obligando a la legislatura a sancionar una ley de coparticipación. No hacerlo importaría un atentado a la autonomía municipal.

Sobre el particular, la Corte Suprema se ha pronunciado al decir que *“[e]s incuestionable que la omisión del dictado de la ley que coparticipa fondos entre los municipios lesiona el diseño mismo establecido por el constituyente, y que por esa vía la provincia traspone los límites de lo racional y razonable para la vigencia efectiva de la autonomía municipal (arg. Fallos: 328:175)...”*<sup>30</sup>.

### V. RÉGIMEN DE COPARTICIPACIÓN MUNICIPAL: CONSENSO FISCAL

Si bien antes de 1994, en el régimen transitorio previsto en la ley 23.548, los municipios tenían (y tienen) un rol en las relaciones fiscales, con la reforma se impone la obligación de que sean contemplados en la futura “ley convenio”. Ello así, no solo por mandato de las constituciones provinciales, sino por el nuevo estatus que tiene la autonomía municipal en la Constitución Nacional.

Desde el año 1988, la ley 23.548 establece que la adhesión que hagan las provincias a la “Ley Convenio” debe *“... establecer un sistema de distribución de los ingresos que se originen en esta Ley para los*

30. 29 *Intendente Municipal Capital* s/amparo, CSJN, sentencia del 11/11/14; Fallos: 337:1263. El destacado me pertenece.

*municipios de su jurisdicción, el cual deberá estructurarse asegurando la fijación objetiva de los índices de distribución y la remisión automática y quincenal de los fondos...*" (ver art. 9º, inc. g)<sup>31</sup>.

Si tenemos en cuenta que el régimen mencionado es anterior a la reforma de 1994, no puede extrañarnos la propuesta de que la futura "Ley Convenio" garantice los presupuestos mínimos de un régimen de coparticipación municipal.

Dicha tesitura no atenta contra las facultades provinciales, las que se mantendrían en plenitud, ya que la adhesión al régimen propuesto se debería hacer por una ley provincial sobre la que pesa la obligación de reconocer la autonomía municipal.

Por otra parte, y en igual sentido, la ley 27.429<sup>32</sup> aprobó el consenso fiscal que suscribieron las provincias y el Estado Federal el día 16 de noviembre de 2016 que, en lo que aquí importa, estableció las bases para una "Nueva Ley de Coparticipación Federal de Impuestos" (ver inc. m); y unificar el régimen tributario de los municipios (ver incs. n, o, p, q y r).

Consideramos que el momento resulta propicio para receptar la presente propuesta, toda vez que las provincias y el Estado federal han convenido en "*[c]onsensuar una nueva ley de coparticipación federal de impuestos en el marco de la Comisión Federal de Impuestos que, cumpliendo con el mandato constitucional, esté basada en las competencias, servicios y funciones de cada jurisdicción, contemple criterios objetivos de reparto y logre las metas de solidaridad, equidad y de alcanzar un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades*"<sup>33</sup>.

En efecto, a través de la ley 27.429 las provincias y la Nación se obligaron a: "*n) Establecer un régimen legal de coparticipación de recursos provinciales con los municipios. o) Establecer un régimen legal de responsabilidad fiscal, similar al nacional, para sus municipios, impulsar que éstos adhieran y controlar su cumplimiento. p) Promover la adecuación de las tasas municipales aplicables en las respectivas jurisdicciones de manera tal que le correspondan con la concreta, efectiva e individualizada prestación*

31. B.O. del 26/1/88. El destacado me pertenece.

32. Ley 27.429; B.O. 2/1/18.

33. Ídem.

*de un servicio y sus importes guarden una razonable proporcionalidad con el costo de este último, de acuerdo con lo previsto en la Constitución Nacional. q) Crear una base pública, por provincia, en la que consten las tasas aplicables en cada municipalidad (hechos imponibles, bases imponibles, sujetos alcanzados, alícuotas y otros datos relevantes y su normativa. r) Impulsar un sistema (mico de liquidación y pago de tasas municipales aplicable a cada provincia y a la CABA”<sup>34</sup>.*

Son las provincias y el Estado federal quienes tienen el deber de sancionar una Ley de Coparticipación Federal de Impuestos y han convenido algunos postulados tendientes a armonizar el sistema de coordinación financiera.

### VI. COLOFÓN: NECESIDAD DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS

La reforma de 1994, en especial con la consagración de la autonomía municipal y la adopción del régimen de coparticipación federal de impuestos, ha venido a incluir al municipio como nuevo sujeto en el sistema de coordinación financiera, cuya participación no está completamente definida.

Por su parte, el “consenso fiscal” que celebraron las provincias y el Estado federal en noviembre de 2017 avanza con el fin de garantizar la competencia financiera de los municipios, para lo que se propone sancionar un régimen de coparticipación municipal que deberá ser incluido en la “*Ley Convenio de Coparticipación Federal de Impuestos*” que en el futuro se sancione.

La realidad demanda establecer parámetros que aseguren un desarrollo integral, equitativo y sustentable en todo el territorio nacional, también la Constitución Nacional (ver art. 75, incs. 18 y 19, de la CN), por lo que es indispensable contar con presupuestos mínimos que garanticen criterios comprensivos de una realidad como el todo, sin que ello importe avasallar competencias de los entes autónomos.

34. Ídem.

En este sentido, entiendo que los presupuestos mínimos que debiera contemplar un régimen de coparticipación municipal inserto en la ley convenio son:

I.- Un tratamiento especial para los municipios con menores recursos:

La diversa geografía de nuestro país produce ciertas desigualdades que requieren un tratamiento especial para municipios marginales que carezcan de recursos naturales o que, por la distancia a los centros de transferencia, no puedan desarrollarse.

Para ello, la generación de un fondo compensador que subsidie el desarrollo equitativo de la población en aquellos municipios que tengan menos recursos.

II.- Mecanismos de distribución y control que aseguren una inmediata transferencia de recursos a los municipios y un sencillo seguimiento del destino de los fondos.

Los esquemas de transferencias de fondos previstos en la ley 23.548 o algunas constituciones provinciales oscilan entre 15 o 30 declaraciones que denotan inmediatez, mas no se clarifican estas pautas temporales.

Deberá elaborarse un mecanismo de transferencia directa que, en la medida de lo posible, asegure una instantánea remisión de recursos.

Por otra parte, y más allá de los controles jurisdiccionales, se deberán generar mecanismos de seguimiento a fin de poder evaluar el impacto de las transferencias de fondos.

III.- Participación directa en los producidos de los impuestos nacionales y provinciales que se generen en la jurisdicción de cada municipio.

La participación de las jurisdicciones en el producido de impuestos producirá un estímulo en el control jurisdiccional, pudiendo combatir la evasión tributaria.

IV.- Un esquema unificado de recaudación de tributos municipales, provinciales y nacionales.

Facilita la recaudación y otorga certeza sobre la debida armonización de las diferentes potestades tributarias y la unificación de los mecanismos de percepción de tributo. Para ello, la Comisión Federal de Impuestos deberá emitir un mecanismo para armonizar y procu-

rar una única boleta de pago de los tributos, procurando la inmediata transferencia a cada jurisdicción.

Incluir los presupuestos mínimos mencionados *supra* en la Ley Convenio importará un federalismo aplicado, lo cual garantiza la autonomía municipal y los mecanismos previstos en nuestra constitución.

La participación del municipio en el régimen de Coparticipación Federal de Impuestos importaría agregar una tercera etapa de distribución a la clásica ya conocida, que sería aquella que, dentro de cada provincia, se haga entre estos.

De tal suerte se evitaría el riesgo que vaticina SPISSO, para quien el sistema de coparticipación afecta la autonomía de las provincias en virtud del grado de centralización de los recursos<sup>35</sup>.

Por todo lo expuesto, volviendo al interrogante que formulamos en el título del presente trabajo, y vistos los compromisos asumidos en el Consenso Fiscal, entendemos que hay un deber de las provincias de adherir a una "*Ley Convenio de Coparticipación Federal de Impuestos*" que deberá contener los "*presupuestos mínimos*" de un "*Régimen de Coparticipación Municipal*".

## VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

### *a) Doctrina*

BADENI, GREGORIO, *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I.

BARRERA BUTELER, GUILLERMO, *Provincias y Nación*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

35. RODOLFO SPISSO destaca que los regímenes de coparticipación de los impuestos afectan el sistema federal de gobierno consagrado en nuestra Constitución, porque las provincias se abstienen de ejercer parcialmente sus facultades tributarias y tampoco se cumple con la finalidad de evitar la superposición tributaria, ya que en la ley 23.548 las excepciones son tantas y de tal magnitud que dicho objetivo queda burlado. Cfr. SPISSO, RODOLFO, *Derecho Constitucional Tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 26.

- CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, t. I.
- COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2002.
- COMADIRA, JULIO R., *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- DALLA VÍA, ALBERTO R., *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- ENCICLOPEDIA UNIVERSAL, Salvat S.L., Madrid, 2009, t. 22.
- GARAT, PABLO M., "El federalismo argentino y la crisis de su Estado Federal", *Revista Civilidad*, tercera época, año XXVII, N° 29.
- GARAT, PABLO M., "El sistema de coparticipación federal en la organización constitucional argentina", *Revista de Derecho Público - Derecho Tributario*, Separata de la Revista 2008-1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008.
- GARAT, PABLO M., "Federalismo Fiscal y Sistema Fiscal Federal en la República Argentina", en *Federalismo Fiscal. Experiencia Nacional y comparada*; coord. Asencio, MIGUEL A, Y GARAT, PABLO M., Rubilzal-Culzoni Editoriales, Buenos Aires, 2011.
- GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- ROSATTI, HORACIO, *Tratado de Derecho Municipal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1997, t. I.
- SPISSO, RODOLFO, *Derecho Constitucional Tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1993.

## **b) Normas**

Constitución de la Nación Argentina;  
Ley 24309; B.O. 31/12/1993;  
Ley 23.548; B.O. del 26/1/1988;  
Ley 27.429; B.O. 2/1/2018;

## **c) Jurisprudencia**

CSJN Fallos: 312:326; *Rivademar, Ángela Digna Balbina Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario s/ recurso contencioso - administrativo de plena jurisdicción*, CSJN, sentencia del 21/3/1989;

## RÉGIMEN DE COPARTICIPACIÓN MUNICIPAL...

---

CSJN Fallos: 314:495. *Municipalidad de la Ciudad de Rosario c/ Santa Fe, Provincia de s/ inconstitucionalidad y cobro de australes*, CSJN, sentencia del 4/6/1991;

CSJN Fallos: 337:1263; *Intendente Municipal Capital c/ s/ amparo*, CSJN, sentencia del 11/11/2014.



# **SOBRE LAS DENOMINACIONES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA EN RELACIÓN CON EL UTILIZADO EN LA DECLARACIÓN DE LA INDEPENDENCIA Y EN DOCUMENTOS POSTERIORES**

## **ON THE DENOMINATIONS OF THE ARGENTINE REPUBLIC IN RELATION TO THE DENOMINATION USED IN THE DECLARATION OF INDEPENDENCE AND IN LATER DOCUMENTS**

ROBERTO ANTONIO PUNTE<sup>1</sup>

### **RESUMEN**

Se propone que la elección del nombre “Provincias Unidas en el Río de la Plata” que aparece poco después de 1810 se inspira en la confederación de las “Provincias Unidas de los Países Bajos”, triunfante en su rebelión contra el Imperio Español en el siglo XVII.

### **PALABRA CLAVE**

República Argentina - Denominaciones oficiales - Antecedentes confederales - Provincias Unidas - Rebelión de los Países Bajos

1. Abogado (UCA). TPN (UBA). Profesor Emérito de Derecho Constitucional (UCA). Director de *Forum* y del *Suplemento de Derecho Constitucional* de ElDial.com. Correo electrónico: [punte@bscp.com.ar](mailto:punte@bscp.com.ar). Agradezco especialmente al Dr. Enrique P. Mayo-chi por sus generosos comentarios y sugerencias en la elaboración de este trabajo.

**ABSTRACT**

It is proposed that the election of the name “United Provinces in the Río de la Plata” that appears shortly after 1810 is inspired by the confederation of the “United Provinces of the Netherlands”, triumphant in the rebellion against the Spanish Empire in the 17<sup>th</sup> century.

**KEYWORD**

Argentine Republic - Official names - Confederal Background - United Provinces - Rebellion of the Netherlands

I. De acuerdo con el art. 35 de nuestra constitución, *“las denominaciones adoptadas sucesivamente desde 1810 hasta el presente, a saber: Provincias Unidas del Río de la Plata; República Argentina, Confederación Argentina, serían en adelante nombres oficiales indistintamente para la designación del gobierno y territorio de las provincias empleándose las palabras ‘Nación Argentina’ en la formación y sanción de las leyes”*.

II. Sin embargo, otro nombre fue utilizado en oportunidad de la Declaración de la Independencia, el de “Provincias Unidas en Sud América”, así como en el Manifiesto a las provincias por el Congreso General Constituyente que informaba esta emancipación; y en otros documentos, hasta 1826.

Como queda evidente a través de la misma redacción del art. 35, hubo distintos criterios a lo largo del tiempo. El llamado Virreinato del Río de la Plata también tuvo dos nombres, puesto que en la documentación se lo denominaba asimismo Virreinato de Buenos Aires, como se puede ver en la “Real Ordenanza del establecimiento e instrucción de intendentes de Ejército y provincia en el virreinato de Buenos Aires año de 1782 de orden de Su Majestad”<sup>2</sup>.

2. Documentos de la Conformación Institucional Argentina 1782; 1922; Edición del Ministerio del Interior; 1974; imprenta del Congreso, pág. 5.

Cuando en octubre de 1812, invocando el artículo tercero del Reglamento Provisional del 23 de noviembre de 1811, de las “Provincias Unidas del Río de la Plata a nombre de Sr. D. Fernando VII” se hizo la convocatoria para lo que sería luego la Asamblea del año 1813, fue dirigida a los “pueblos de las Provincias Unidas del Río de la Plata”<sup>3</sup>. En consecuencia, dicha asamblea se abrió el 31 de enero del año siguiente como “Asamblea de las Provincias Unidas del Río de la Plata” y así sesionó. El 11 de marzo de 1813 aprobó el texto de la “Marcha Patriótica”, escrita por Vicente López y Planes, cuyo texto expresa: “Desde un polo hasta el otro resuena de la Fama el sonoro clarín, y de América el nombre enseñando les repite: “¡Mortales, oíd!: Ya su trono dignísimo abrieron las Provincias Unidas del Sud”. Y los libres del mundo responden: “¡Al gran pueblo argentino, salud!”. Y, consecuentemente, la misma Asamblea, en febrero de 1814, dictó el Reglamento Provisional del Supremo Gobierno de las Provincias Unidas del Río de la Plata<sup>4</sup>.

La expresión “Provincias Unidas” se utiliza en documentos oficiales de la Junta Conservadora de Buenos Aires sin mayores precisiones, y, como se ha mencionado, en el “Estatuto Provisional de gobierno para las Provincias Unidas del Río de la Plata a nombre de Fernando VII” del 26 de octubre al 23 de noviembre de 1811. También se utilizaron otros en proyectos, como el de Confederación de Provincias Unidas de la América del Sur.

La convocatoria realizada en 1816 fue a “los representantes de los pueblos libres del territorio de las provincias unidas”. El Congreso tucumano se autotituló “de las Provincias Unidas del Río de la Plata” entre 1816 y 1820, pero las actas originales se han extraviado y solo subsisten las publicaciones oficiales. Existiendo como anomalías,

3. *Ibidem*, pág. 49. En paralelo, el título de “Provincias Unidas” aplicadas a las de Nueva Granada –Antioquía, Cartagena. Neiva, Nueva Pamplona y Tunja– fue invocado según el Acta de la Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada a partir del 27 de noviembre de 1811. Asimismo, entre 1823 y 1838 Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y el Salvador se unieron en confederación bajo el nombre “Provincias Unidas de Centro América”.

4. RAVIGNANI, EMILIO, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Instituto de investigaciones históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Buenos Aires; Buenos Aires; 1937; tomo I, pág. 3.

que en la fórmula de juramento de los diputados decía que estos deberían “promover y defender la libertad de las Provincias Unidas en Sud América” y así también es como consta en el Acta de Declaración de la independencia del 9 de julio y en la fórmula del juramento de acatamiento del 19 de julio de 1816<sup>5</sup>.

Actuando como “Soberano Congreso de las Provincias Unidas”, dictó un reglamento provisorio en noviembre de 1816. Al resolver mudarse a Buenos Aires, el 16 de enero de 1817, como consecuencia del riesgo del avance español en el norte cercano, cuyas primeras sesiones se realizaron el 12 de mayo de ese año<sup>6</sup>, se volvió a utilizar el nombre “Provincias Unidas de Sudamérica”, pero en 1818 en un decreto del 2 de mayo referido a las victorias de Chacabuco y Maipú se prefirió “Provincias Unidas en Sudamérica”, que fue formalmente aprobado como nombre oficial en la sesión del 22 de abril de 1819<sup>7</sup>. Cabe recordar que las sesiones de este Congreso de Tucumán, mudado a Buenos Aires, terminaron el 11 de febrero de 1820 por intimación del Cabildo de Buenos Aires y en nombre del “Ejército exterior y el interés de la salud pública”, comenzando el período denominado de la anarquía y recuperación de la soberanía por cada una de las provincias<sup>8</sup>.

El posterior Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata, reunido entre 1824 y 1827<sup>9</sup>, dio lugar a un debate sobre el nombre. Esto con motivo del tratamiento de la que sería la Ley Fundamental del país Confederal, sancionada con carácter “provisorio” el 23 de enero de 1825<sup>10</sup>.

Dicha norma se había originado en un proyecto del diputado por Corrientes Francisco Acosta del 22 de diciembre del año anterior como “ley fundamental como principio al menos provisorio”, revisada por los diputados Funes, Paso, Vélez Sarsfield, Zabaleta y Frías. Como se ha dicho, esta ley fue aprobada el 23 de enero de 1825, y

5. *Ibidem*, págs. 216/217.

6. *Ibidem*, pág. 272 y 289.

7. *Ibidem*, pág. 421.

8. *Ibidem*, págs. 478/9.

9. *Ibidem*, pág. 889.

10. *Ibidem*, pág. 1012/3 y 1232.

por ella “las Provincias Unidas del Río de la Plata, confirmaron su voluntad de constituirse en nación independiente”, y a través de este Congreso, que declararon “constituyente”, expresa que “por ahora y hasta la promulgación de la constitución que ha de reorganizar el Estado, las provincias se regirán interinamente por las siguientes instituciones”. De acuerdo con las actas de las sesiones previas<sup>11</sup>, se planteó si al adoptarse la forma federal debiera decirse “estados” y no “provincias” –argumento del diputado Paso–. El nombre finalmente adoptado por este Congreso fue el de “Provincias Unidas del Río de la Plata”, pero, curiosamente, luego el Manifiesto que acompañaba el proyecto de Constitución de 1826 estaba dirigido a “los pueblos de la República Argentina” y, en su texto, el primer artículo declaraba ser la “Constitución de la República Argentina”. O sea, que con pocos años de diferencia, en la fallida constitución de 1819 se la denominó “Provincias Unidas en Sudamérica”, mientras que en la también fracasada de 1826 se la denominó “República Argentina”.

Hasta aquí la cuestión de la evolución que no estuvo exenta de cambios durante todo el período confederal<sup>12</sup>.

**II.** Este ensayo quiere aventurar a la vez una explicación y un desafío, este último a los investigadores al presentarles una hipótesis que sin duda requiere un mayor esfuerzo de estudio y verificación documental. La falta de una investigación más a fondo resulta de por sí extraña, y supongo puede atribuirse a dos razones. Por un lado, porque a primera vista surge una aparente traducción del nombre de los Estados Unidos de Norteamérica, y por otro, la falta de fuentes documentales que permitan fundar esa u otra explicación.

Hay en todo esto un aire de anomalía, que comienza en el título “Provincias Unidas”, y las idas y vueltas a las preposiciones “en” y “de”, lo que genera una advertencia contra la mera traducción del

11. *Ibidem*, págs. 1026/1031.

12. PUNTE, ROBERTO A., “Las instituciones confederales como puente entre 1816 y 1853”, FORUM, Anuario N° 5, EDUCA, agosto 2017, págs. 61 y 79, disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/forum5.pdf> (fecha de consulta: 30-7-19).

país del norte y despierta la inquietud de que corresponde a un concepto de origen distinto, que es la hipótesis que aquí propongo.

**III.** Es que en la historia española existieron, 200 años atrás, otras “provincias unidas” rebeldes que dieron lugar a una confederación que hoy conocemos como Holanda.

Se trató de la rebelión de Flandes, que se fue complicando desde los conflictos de religión con la corona *habsburga* del emperador Carlos V del Sacro Imperio (y Carlos I de España), agravada al reinar su hijo Felipe II, lo que devino en una larga guerra civil que conmovió y empobreció al más grande imperio de la época, desarrollada a lo largo de 80 años (1568/1648), con la única interrupción de una tregua de 12 años. Esta se desarrolló en las 17 provincias de las tierras bajas de Flandes. La independencia fue gradual y se inició con el otorgamiento de cierto grado de autonomía en 1588 a las siete provincias norteafricanas, que diez años más tarde, por el rechazo de las cargas impositivas impuestas, se separaron y establecieron una “República de las siete provincias unidas”, gobernada por un Congreso general (los estados generales) según una estructura confederal con alto grado de autonomía, pero unidas en la defensa común y las relaciones exteriores, consolidadas por la paz de Westfalia y el Tratado de Münster, y que recién en 1815 pasaron a tomar forma monárquica como Reino Unido de las Netherlands o Países Bajos<sup>13</sup>.

Estas “provincias unidas” configuraban, pues, un Estado confederal muy parecido al de la primera constitución norteamericana y a la estructura de la etapa confederal argentina desde 1816 hasta la Constitución de 1853. Cabe observar que no he encontrado fuentes documentales contemporáneas que hagan directa referencia a este origen, pero la misma intuición ha sido tratada por GONZALO SEGOVIA, en un artículo publicado en 1997, en el que sucintamente expresa: “[c]abe también agregar aquí que la denominación Provincias Unidas reconoce otra influencia, en este caso extranjera. Entre 1815

13. TRUEMAN, C. N., “The Revolt Of The Spanish Netherlands”, The History Learning Site, 16 de marzo de 2015, disponible en <https://www.historylearningsite.co.uk/the-revolt-of-the-spanish-netherlands/> (fecha de consulta: 1-10-19).

y 1817 se da en Buenos Aires –como reflejo del debate en el Congreso de Tucumán– la discusión sobre la forma de gobierno más conveniente para nuestro país. En este debate se refleja el conocimiento que entonces se tenía de algunas experiencias federales o confederales de cierto éxito: Estados Unidos, Suiza, los Países Bajos. A pesar de que en general la prensa periódica porteña se opone a la instauración de un sistema de corte federal o confederal, es revelador para nuestro asunto comprobar que se conocían con cierta profundidad entidades políticas que los publicistas denominaban Provincias Unidas: en especial los Países Bajos y la Confederación Helvética”<sup>14</sup>.

IV. En cuanto a la constitución de los Estados Unidos, debe observarse que habían existido varios planes de unión de las 13 colonias originales, incluso alentados desde la metrópolis. Ya en 1643 había sido intentada una “New England Confederacy”. Cuando la crisis del impuesto a las importaciones de 1767 desembocó en la reacción en Boston en 1773, se generó un “Comité de correspondencia” entre Virginia y Massachussets que derivó en el “Primer Congreso continental” de Filadelfia en septiembre de 1774, en el que Franklin presentó un plan de unión denominado “The United Colonies of North America”, que se atribuye a la iniciativa del abogado y juez Richard Henry Lee (1732-1794), que también fuera firmante de la declaración de independencia de 1776. Éste había estudiado en Inglaterra.

La moción de Lee había sido “que estas Colonias Unidas son y por derecho debieran ser estados independientes, (...) desvinculados de su lealtad a la Corona Británica (...) bajo «el plan de una Confederación» [*That these United Colonies are and of right ought to be independent states, (...) absolved from the allegiance to the British Crown (...) under a «plan of confederation»*”.

El proceso derivó en la firma de los “Artículos de Confederación” aprobado por los 13 Estados en marzo de 1781. Las necesidades de la guerra llevaron a que finalmente se convocara la reunión en

14. SEGOVIA, GONZALO, “Los nombres de la República Argentina”, Revista de Historia del Derecho, N° 25, Buenos Aires, 1997, pág. 431 y sigs.

Filadelfia en mayo de 1787, cuyas deliberaciones terminaron en septiembre de ese año.

Ahora bien, en cuanto a la denominación definitiva no hay noticia cierta sobre su fuente, pues el acta original de la independencia se ha extraviado, y solo restan las copias solemnes, incluso con la firma de los congresales, pero, como las deliberaciones eran secretas dado su carácter revolucionario, no quedaron rastros del texto manuscrito original elevado por la Comisión de cinco –Jefferson, Adams, Franklin, Sherman y Livingston–. Se atribuye más bien a Jefferson haber utilizado la expresión “United States of America” como título al realizar la publicación oficial del acta de la independencia, sin que figurara en el texto formal de la declaración del 4 de julio, y el nombre oficial recién sería dado por establecido formalmente por la resolución del Congreso del 9 de septiembre de 1776<sup>15</sup>.

V. Por eso estimo que es posible pensar en un origen o fuente común del nombre de la gran República del Norte y la nuestra.

En efecto, la rebelión flamenca y su desarrollo militar e institucional era historia estudiada tanto en Inglaterra como en las universidades españolas como Salamanca o del Virreinato del Río de la Plata. Manuel Belgrano había sido destacado alumno de Salamanca y Valladolid.

San Martín y Alvear habían tenido educación civil y militar en España. En Córdoba se habían formado Juan José Paso, fray Cayetano Rodríguez, José Eusebio Colombres, Pedro Castro Barros, el deán Gregorio Funes, formado además en Alcalá de Henares. En Chuquisaca, el Pbro. Antonio Sáenz, Juan José Castelli y José Darragueira, Pedro Medrano, Esteban Gascón, Tomás Manuel de Anchorena, Teodoro Sánchez de Bustamante, José Mariano Serrano, Francisco Laprida y otros conspicuos miembros de las juntas y congresos, así como firmantes de la Declaración de la Independencia.

15. Ver PUNTE, ROBERTO A., “La Constitución de los Estados Unidos y sus emiendas”, *ElDial.com* - DC5B8-14-4-05, sus citas y BURNETT, EDWARD C., “The Name «United States of America»”, *The American Historical Review*, 1925, Oxford University Press on behalf of the American Historical Association, págs. 79-81. Allí se explica que Thomas Paine, en enero de 1771, en su libro *Common Sense*, había usado tanto las expresiones “United Colonies” como “Free and Independent States of America”.

El derecho de gentes formaba parte de los planes de estudio tanto de las universidades españolas como de las de Córdoba y Chuquisaca, y englobaba lo que hoy serían las materias de derecho político, constitucional e internacional público.

A su vez, la república flamenca consta como modelo de Estado federal en la obra de EMMERICH DE VATTEL (1714 Neuchattel, Prusia / 1767) titulada *The Law of Nations or Principles of Natural Law applied to the conduct of affairs of Nations and Sovereigns*. Fue publicada en 1758 originariamente en francés [*Droit des Gens*], pero rápidamente traducida al inglés. Si bien el primer tomo recién fue publicado en traducción española en 1822, era mucho antes conocida en sus ediciones en francés e inglés. Este autor y su obra eran la fuente contemporánea más valorada e influyó indudablemente en el pensamiento de la revolución norteamericana. Ello permite sostener que ha sido su referencia a los regímenes confederales, lo que influyó tanto en la organización como en el título y primera organización de esa República del Norte<sup>16</sup>.

16. DE VATTEL, EMMERICH, *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury*, 1979, Liberty Fund, Indianapolis, 2008. Disponible en [http://files.libertyfund.org/files/2246/Vattel\\_1519\\_LFeBk.pdf](http://files.libertyfund.org/files/2246/Vattel_1519_LFeBk.pdf) (fecha de consulta: 30-7-19).

“LIBRO I- DE LAS NACIONES CONSIDERADAS EN SÍ MISMAS. CAPÍTULO I -DE LAS NACIONES O ESTADOS SOBERANOS, 1. Del estado y de la soberanía, 1 2. Autoridad del cuerpo político sobre los miembros, 1 3. De los diversos tipos de gobierno, 2 4. Qué son los estados soberanos, 2 5 Estados vinculados por una alianza desigual, 2 6. O por tratados de protección, 2 7. Estados tributarios, 3 8. Estados feudatarios, 3 9. Dos estados sujetos al mismo príncipe, 3 10. Estados que forman una república federal, 3 11. Finalmente, varios estados soberanos e independientes pueden unirse por una confederación perpetua, sin dejar de ser, cada uno individualmente, un estado perfecto. Juntos constituirán una república federal: sus deliberaciones conjuntas no afectarán la soberanía de cada miembro, aunque pueden, en ciertos aspectos, restringir su ejercicio, en virtud de compromisos voluntarios. Una persona no deja de ser libre e independiente cuando está obligada a cumplir compromisos que ha contratado voluntariamente. Tales eran antes las ciudades de Grecia; tales son en la actualidad las Siete Provincias Unidas de los Países Bajos, y tales los miembros del cuerpo helvético” (la traducción es propia).

La valoración de la confederación devenía de la cercanía de Vattel a la historia y la cultura suizas y sus principios de asistencia mutua, coexistencia pacífica para el propio progreso y el de sus pares. Su concepto de la paz como condición indispensable para el beneficio compartible, lo que a su vez debía apoyarse en la libertad e independencia de cada nación y de igualdad de trato bajo una ley natural, es desarrollada en su Libro I “Sobre las naciones consideradas en sí mismas”, cuyo capítulo I versa sobre las diferentes formas de organización de las naciones como Estados soberanos, tratando de la monarquía, los feudos y las unidas en “*confederación perpetua destinadas a formar una ‘República Federal’*”, dando como ejemplos la estructura originaria de la unión de las ciudades griegas y ‘*en el presente las siete provincias unidas de las Netherlands’*, así como los miembros del cuerpo helvético”.

En definitiva, propongo para un estudio más profundo este origen de la elección del nombre “provincias unidas” para nuestra República naciente del Río de la Plata, y probablemente, por igual fuente, la de Estados Unidos, en su primera conformación confederal.

#### BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AA. VV., *Documentos de la conformación institucional Argentina 1782 -1922*, Recopilado por Miguel Vacas, Edición del Ministerio del Interior, Imprenta del Congreso, 1974.
- BURNETT, EDWARD C., “The Name «United States of America»”, *The American Historical Review*, 1925, Oxford University Press on behalf of the American Historical Association, disponible en <https://www.jstor.org/stable/1904503>.
- DE VATTEL, EMMERICH, *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury, Liberty Fund*, Indianapolis, 2008. Disponible en [http://files.libertyfund.org/files/2246/Vattel\\_1519\\_LFeBk.pdf](http://files.libertyfund.org/files/2246/Vattel_1519_LFeBk.pdf) (fecha de consulta: 30-7-19).
- PUNTE, ROBERTO A., “La Constitución de los Estados Unidos y sus Enmiendas”, *EIDial.com* - DC5B8-14-04-2005.
- , “Las instituciones confederales como puente entre 1816 y 1853”, *FORUM*, Anuario N° 5, EDUCA, agosto 2017, disponible en [62](http://biblioteca-</a></p></div><div data-bbox=)

digital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/forum5.pdf (fecha de consulta: 30-7-19).

RAVIGNANI, EMILIO, *Asambleas Constituyentes Argentina*, Instituto de investigaciones históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 1937.

SCHUYLER, ROBERT L., *The Constitution of the United States. An Historical Survey of its formation*, Macmillan Co., New York, 1929.

SEGOVIA, GONZALO, "Los nombres de la República Argentina", *Revista de Historia del Derecho*, N° 25, Buenos Aires, 1997.

TRUEMAN, C. N., "The Revolt Of The Spanish Netherlands", *The History Learning Site*, 16 de marzo de 2015, disponible en <https://www.historylearningsite.co.uk/the-revolt-of-the-spanish-netherlands/> (fecha de consulta: 1-10-19).



**APUNTES SOBRE EL PRINCIPIO  
DISPOSITIVO Y DE CONGRUENCIA  
COMO LÍMITES A LA DECLARACIÓN  
DE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO**

**NOTES ON THE DEVICE AND CONGRUENCE PRINCIPLES  
AS LIMITS ON THE *EX OFFICIO* DECLARATION  
OF UNCONSTITUTIONALITY**

*“Sólo un pueblo conocedor y respetuoso de su Constitución puede construir en libertad un Estado de Derecho. La misión del Estado es garantizar a los ciudadanos la posibilidad de realizarlo, ni más ni menos que eso”<sup>1</sup>.*

MATEO GARCÍA FUENTES<sup>2</sup>

**RESUMEN**

La posibilidad de que los jueces declaren la inconstitucionalidad de una norma, sin que medie petición de parte, ha generado sin duda

1. GARCÍA MELGAREJO, Flavia. “Activismo judicial y Garantismo procesal Los poderes Jurisdiccionales a la luz del debido proceso”, ponencia elegida como segunda mejor ponencia en la categoría joven abogado. Premio Instituto Panamericano de Derecho Procesal VIII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, disponible en: [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Activismo\\_judicial\\_y\\_Garantismo\\_Procesal\\_FLAVIA\\_GARCIA\\_MEL.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Activismo_judicial_y_Garantismo_Procesal_FLAVIA_GARCIA_MEL.pdf), p.1 (fecha de consulta 1/12/2019)”.

2. Abogado por la Universidad Nacional de Rosario, año 2018, miembro del equipo de litigios y arbitraje en *Racciatti & Hourquescos abogados*. Estudiante de la “Diplomatura en Derecho Constitucional Especializado” de la Universidad Austral. Correo electrónico: [mgarciafuentes@estudioracciatti.com.ar](mailto:mgarciafuentes@estudioracciatti.com.ar)

alguna un ferviente, no obstante enriquecedor, debate en el derecho constitucional argentino.

El presente trabajo procura efectuar un análisis crítico sobre el control de constitucionalidad de oficio, *a contrario sensu* de la postura mayoritaria que lo respalda. Intentaré explicar por qué dicho mecanismo debiera ser restringido, en relación con el lugar que hoy le otorgan los tribunales y buena parte de la doctrina.

#### **PALABRA CLAVE**

Constitucion Nacional - Constitucionalidad - Control de Constitucionalidad - Actuación de Oficio - Poder Judicial - Facultades de los Jueces - Principio Dispositivo - Congruencia - Partes - *Thema Decidendum*

#### **ABSTRACT**

The possibility that judges declare the unconstitutionality of a norm without the request of a party has undoubtedly generated a fervent, though enriching, debate among the Argentine Constitutional Law field.

The present paper seeks a critical review on the 'ex officio' constitutionality control, opposing the majority position that supports it. While I believe that it has a reserved place in our constitutional system, that place should be even more restricted than the one granted by the courts today and much of the doctrine.

#### **KEYWORD**

National Constitution - Constitutionality - Constitutionality Control - Office Action - Judicial Power - Powers of the Judgments Device Principle - Congruence - Parties - *Thema Decidendum*

¿Qué tipo de jueces queremos? Lo cierto es que esta pregunta hace al *quid* del tema a tratar, pues delimitar el rol que los jueces tie-

nen en los procesos judiciales implica, en definitiva, admitir en más o en menos la procedencia de la inconstitucionalidad de oficio.

Nos encontramos inmersos en un debate tanto doctrinario como jurisprudencial acerca del rol que les cabe a los jueces en los procesos contradictorios. En este sentido, y en marco de esa discusión, me parece necesario realizar ciertas consideraciones sobre los límites para el ejercicio de la potestad declarativa de inconstitucionalidad de oficio que el ordenamiento jurídico impone.

Para comenzar, resulta relevante destacar que la posición de la Corte Suprema en este tema se ha consolidado con la sentencia dictada en el año 2012 en la causa *Rodríguez Pereyra*<sup>3</sup>. En dicha oportunidad, nuestro Máximo Tribunal sostuvo que el control de constitucionalidad es, aun de oficio, una obligación de los jueces en cada caso concreto.

Sin embargo, la propia Corte pareciera habilitar nuevamente la discusión sobre el tema que nos ocupa a partir del pronunciamiento en el caso *Whirlpool*<sup>4</sup>. La decisión adoptada en la mentada causa pareciera contradecir la supuesta obligación de los jueces, emanada del *iura novit curia* y del principio de supremacía, de controlar la constitucionalidad de las normas independientemente de la postura adoptada por las partes.

Como consecuencia de ello, y a modo de puntapié, ha de tenerse presente que, si el control de constitucionalidad de las leyes, de por sí, aun a “pedido de parte”, resulta la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, el control de inconstitucionalidad “de oficio” debiera ser –dentro de la *ultima ratio*– el último recurso<sup>5</sup>.

Del posible decálogo de límites para el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio, me enfocaré en dos principios fundantes del derecho procesal: i) Principio dispositivo y ii) Principio de congruencia.

El primero puede ser definido como “*aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la*

3. Fallos CSJN 335:2333, *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios*, sentencia del 27/11/12.

4. Fallos CSJN 335:2103, *Whirlpool Argentina SA c. Dirección General de Aduanas*, sentencia del 11/12/14.

5. SAFI, LEANDRO K., “Límites a la declaración de inconstitucionalidad de oficio”, *Diario La Ley* publicado el día 23/01/18.

aportación de los materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez”<sup>6</sup>. Por su parte, lacónicamente, COUTURE expresa que es “aquel que deja librada a las partes la disponibilidad del proceso”<sup>7</sup>.

Esta visión clásica del derecho procesal, en tanto liberal, ha sido objeto de críticas por parte de juristas que propician un rol activo en los pleitos que versen sobre cuestiones reguladas por el derecho civil y comercial. Tanto es así que somos testigos –en palabras de CAMPS<sup>8</sup>– de un fenómeno de “publicización” del proceso que se aplica en materia de derecho privado que importa dejar de lado una visión clásica del rito.

Si bien relevantes autores apoyan y propician un rol activo de los jueces en los debates civiles y comerciales<sup>9</sup>, otros entienden que la mejor manera de asegurar un resultado justo exige la observancia de reglas claras y uniformes. Bajo ese criterio las intervenciones del órgano jurisdiccional quedarían acotadas a los casos en los que se requiere dar plena vigencia al principio de igualdad de las partes, que también goza de rango constitucional y constituye el sustrato del debido proceso<sup>10</sup>.

El principio dispositivo teóricamente enunciado tiene concreta operatividad dentro de la realidad procesal. Justamente, una de sus principales manifestaciones es la delimitación del *thema decidendum*.

La delimitación del objeto procesal resulta de la traba de la *litis*. Son las partes quienes a través del planteo de las pretensiones y defensas construyen el infranqueable cerco dentro del cual debe moverse el juez para resolver el pleito. De modo tal que la traba de la *litis* condiciona el debate, la posterior actividad probatoria y la ulterior decisión judicial.

En otras palabras, la delimitación del objeto procesal divide las aguas entre la materia decisoria sometida (y la que es ajena) al cono-

6. PALACIO, LINO E., *Derecho Procesal Civil*, t. I, 3ª ed. actualizada por Carlos E. Camps, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 2011, pág. 184.

7. COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, 1997, pág. 185.

8. CAMPS, CARLOS E., “Principio dispositivo y el Código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley, 01/02/17, cita online: AR/DOC/4999/2016.

9. PEYRANO, JORGE W., “Sobre el activismo judicial”, La Ley, 2008-B-837.

10. ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, “El garantismo procesal”, La Ley, 15/12/10, LL, 2010-F-1212, cita online: AR/DOC/1069/2010.

cimiento de los magistrados. Circunstancia que me lleva a analizar la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio desde la óptica del principio dispositivo.

En *Mill de Pereyra*<sup>11</sup> la Corte Suprema, por voto mayoritario, sostuvo que la declaración de oficio de inconstitucionalidad de una norma es viable cuando su repugnancia con la Constitución Nacional sea manifiesta. No obstante lo cual agregó que la declaración de inconstitucionalidad solo procede cuando no existe la posibilidad de ofrecer una solución adecuada al juicio sobre la base de otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa.

Ciertamente, nuestro Máximo Tribunal se ha mostrado renuente a admitir el control de oficio en aquellos casos en los cuales las partes no sometan tal cuestión al conocimiento de los magistrados. Al decidir el caso *Cabrera*<sup>12</sup>, la Corte Suprema resolvió que no podía suplir la negligencia en que había incurrido el accionante al no plantear la inconstitucionalidad de la norma en la instancia procesal oportuna.

En igual sentido en *Mansilla*<sup>13</sup>, en el que sostuvo que “... la alzada ha venido a conceder algo que el propio interesado había resignado. Ha traspuesto, así, el campo de actuación que le es propio, sustituyéndose en la voluntad de una de las partes. Con la consecuente alteración del balance procesal, en detrimento de la contraria...”. Con ello, resaltó la importancia que la norma procesal otorga a la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, podemos afirmar que en los procesos en los cuales no se encuentre comprometido el orden público y que involucren derechos disponibles resulta razonable mantener en cabeza de las partes la carga de formular el planteo de inconstitucionalidad en la primera oportunidad procesal que tuvieren, so pena de rechazo. Así, la omisión de dicho planteo no puede pretender ser reparado mediante el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio.

11. Fallos CSJN 324:3219, *Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c. Estado de la Provincia de Corrientes s/demanda contenciosa administrativa*, sentencia del 27/09/01.

12. Fallos CSJN 337:2905, *Cabrera, Gerónimo R. y otro v. Estado Nacional s/amparo sobre ley 25.561*, sentencia del 13/07/04.

13. Fallos CSJN 337:179, *Mansilla, Carlos Eugenio c. Fortbenton Co. Laboratories S.A. y otros s/despido*, sentencia del 6/3/14.

Por otro lado, el principio de congruencia se configura, también, como un límite al control de constitucionalidad de oficio. Como bien lo explica GUASP, debe haber conformidad entre la sentencia y la pretensión que constituye el objeto procesal, pues, caso contrario, el decisorio podría ser cuestionado por incongruente<sup>14</sup>.

Si tuviera que definir el principio de congruencia, podría afirmar que es la exigencia constitucional de que exista relación entre el objeto procesal, esto es el *thema decidendum*, y la sentencia. En virtud de ello, lo sentenciado por los magistrados no puede desbordar las pretensiones deducidas por las propias partes, en especial en lo que refiere al objeto mediato de la tutela reclamada<sup>15</sup>.

La Corte Suprema tuvo oportunidad de censurar el control constitucional de oficio ejercido en desborde de las pretensiones de las partes y señaló: “... la Cámara ha fallado ultra petita pues (...) resulta de toda claridad que el actor aceptó la pesificación de su crédito. La posterior declaración de inconstitucionalidad de esa norma violó el principio de congruencia procesal con el efecto de condenar algo distinto de lo peticionado por aquél... Ese defecto no se supera ni siquiera frente a la posibilidad de que los jueces examinen de oficio la constitucionalidad de las leyes, pues tal facultad en ningún caso podría conducir a dictar sentencias violatorias del principio de congruencia...”<sup>16</sup>.

Es por ello que el control normativo a cargo de los jueces debe ajustarse a las reglas aplicables al proceso, entre las cuales reviste particular relevancia la competencia del órgano jurisdiccional. La competencia material, precisamente, queda enmarcada dentro de los límites del objeto procesal. De manera tal que, en el marco de un proceso que no comprende el interés público, la declaración de inconstitucionalidad no parece viable.

Con sano juicio, LAPLACETTE sostiene que imponer a los particulares una determinada interpretación o solución constitucional,

14. GUASP, JAIME, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1986, t. I, págs. 516/518.

15. SAFI, LEANDRO K., “Límites a la declaración”, cit., pág. 2.

16. Fallos CSJN 329:5903, Gómez, Carlos Alberto c. Argencard SA y otro s/ordinario, sentencia del 27/12/16.

cuando con ello no genera un perjuicio más o menos directo a terceros, solo podría aceptarse frente a hipótesis muy excepcionales, en las cuales nos encontramos frente a bienes jurídicos indisponibles. De lo contrario, el Poder Judicial estará irrumpiendo en un ámbito de autonomía individual que le está vedado<sup>17</sup>.

Si bien el rol actual de los jueces, o por lo menos lo que la sociedad espera de ellos, supera la versión clásica de quien se limita a arbitrar los planteos de las partes, adoptando el de director del proceso, deben preverse límites para evitar que aquel devenga en un juez inquisidor. Pues, caso contrario, el centro de atención en el proceso radicaría en la función jurisdiccional de los magistrados y no en la actuación de las partes y la acción procesal.

Todo ello nos lleva a repensar qué rol queremos adjudicarles a los jueces en la resolución de conflictos *inter partes*: ¿queremos un juez inquisidor o un juez director?

A fin de responder tal interrogante, no debe perderse de vista que los principios procesales, en la medida en que se extraen de un determinado contexto normativo, expresan valoraciones de la respectiva comunidad y deben interpretarse, por lo tanto, en un sentido armónico con las necesidades propias del tiempo y del lugar en que han de aplicarse<sup>18</sup>. Todo ello, sin perder de vista la clara concepción liberal de los redactores de nuestra Constitución Nacional, la cual reserva el centro de la escena –y por tanto del proceso– a las partes, en fiel respeto al ejercicio de la autonomía.

## BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, “El garantismo procesal”, *La Ley*, 15/12/2010, LL 2010-F-1212, cita online: AR/DOC/1069/2010.

17. LAPLACETTE, CARLOS J., “La Corte Suprema y una aceptable limitación al control de constitucionalidad de oficio”, AbeledoPerrot, N° AP/DOC/275/2015, pág. 13. Disponible en [http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/349-La\\_Corte\\_Suprema\\_y\\_una\\_aceptable\\_limitacion\\_al\\_control\\_de\\_constitucionalidad\\_de\\_oficio.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/349-La_Corte_Suprema_y_una_aceptable_limitacion_al_control_de_constitucionalidad_de_oficio.pdf) (fecha de consulta: 27/9/19).

18. PALACIO, LINO E., *Derecho Procesal Civil...*, cit., pág. 182.

- CAMPS, CARLOS E., "Principio dispositivo y el Código Civil y Comercial de la Nación", *La Ley*, 01/02/2017, cita online: AR/DOC/4999/2016.
- COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, 1997.
- GUASP, JAIME, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1986.
- LAPLACETTE, CARLOS J., "La Corte Suprema y una aceptable limitación al control de constitucionalidad de oficio", Abeledo Perrot N° AP/DOC/275/2015. Disponible en [http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/349-La\\_Corte\\_Suprema\\_y\\_una\\_aceptable\\_limitacion\\_al\\_control\\_de\\_constitucionalidad\\_de\\_oficio.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/349-La_Corte_Suprema_y_una_aceptable_limitacion_al_control_de_constitucionalidad_de_oficio.pdf) (fecha de consulta: 27/9/19).
- PALACIO, LINO E., *Derecho Procesal Civil*, t. I, 3ª ed. actualizada por Carlos E. Camps, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.
- PEYRANO, JORGE W., "Sobre el activismo judicial", *La Ley*, 2008-B-837.
- SAFI, LEANDRO K., "Límites a la declaración de inconstitucionalidad de oficio", *La Ley*, 23/01/2018.

## JURISPRUDENCIA

- Fallos CSJN 329:5903, *Gómez Carlos Alberto c. Argencard S.A. y otro s/ordinario*, sentencia del 27/12/16.
- Fallos CSJN 337:179, *Mansilla, Carlos Eugenio c. Fortbenton Co. Laboratories S.A. y otros s/despido*, sentencia del 6/3/14.
- Fallos CSJN 324:3219, *Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c. Estado de la Provincia de Corrientes s/demanda contenciosa administrativa*, sentencia del 27/09/01.
- Fallos CSJN 337:2905, *Cabrera, Gerónimo R. y otro v. Estado Nacional s/amparo sobre ley 25.561*, sentencia del 13/7/04.
- Fallos CSJN 335:2333, *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios*, sentencia del 27/11/12.
- Fallos CSJN 335:2103, *Whirlpool Argentina SA c. Dirección General de Aduanas*, sentencia del 11/12/14.

**UNA RELECTURA DE LA CIUDAD DE DIOS  
DE SAN AGUSTÍN DESDE LA HISTORIA**  
**A RELECTURE OF ST. AUGUSTINE'S *THE CITY OF GOD*  
FROM A HISTORICAL PERSPECTIVE**

FLORENCIO HUBEŇAK<sup>1</sup>

**RESUMEN**

El trabajo analiza sintéticamente *La Ciudad de Dios* de San Agustín desde la visión de un historiador. Lo hace en tres etapas: la razón que lleva al obispo de Hipona a escribir la obra, las ideas claves que desarrolla y las interpretaciones que se fueron haciendo en los tiempos posteriores, especialmente el agustinismo político y la secularización.

**PALABRAS CLAVE**

San Agustín - Ciudad de Dios - Agustinismo político - Saqueo de Roma en el año 410

1. Doctor en Ciencias Políticas (UCA); doctor en Historia (Univ. de Cuyo); Profesor Emérito (UCA); exdecano de la Facultad de Ciencias Sociales y Políticas. Correo electrónico: fhubenak@fibertel.com.ar.

## ABSTRACT

The work analyzes synthetically *The City of God* of St. Augustin, from the vision of a historian. It is done in three stages: the reason that leads the bishop of Hippo to write it, the key ideas he develops and the interpretations that were made in later times, especially political agustinism and secularization.

## KEYWORDS

St. Augustin - The City of God - Political agustinism - The sacking of Rome in the year 410

## INTRODUCCIÓN

*Escribir unas pocas páginas sobre La Ciudad de Dios de san Agustín es una tarea ímproba no solo por el espacio, sino además por la inmensa cantidad de hojas que se han escrito sobre el tema.*

Por ello nuestro objetivo se limitará a un enfoque desde la historia –nuestra especialidad–, dividida en tres partes: contexto, contenido y consecuencias.

## EL CONTEXTO

Recordemos que en el año 410 el *rex* visigodo Alarico asedió y finalmente saqueó Roma, la “ciudad eterna”<sup>2</sup>, lo que provocó no solamente destrucción en la urbe, sino una gran crisis en la intelectualidad romana convencida de la eternidad de Roma. Asimismo, el miedo generó una importante corriente migratoria que la abandonó para trasladarse al norte de África, donde prontamente las elites –dueñas

2. Cfr. HUBEÑÁK, FLORENCIO, *Roma. El mito político*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997.

de tierras– cumplieron un papel significativo en la cultura romanizada local<sup>3</sup>.

El clero africano centrado en el obispo Aurelio de Cartago, primado del África Proconsular y en Agustín de Hipona, obispo de la segunda ciudad y puerto de la región, se movilizó ante las noticias que traían los migrantes.

Un representante joven e importante de esta elite defensora de la tradición (los *mores maiorem*) fue Volusiano, de la *gens Caeionni*, quien fue prefecto del África a los 32 años<sup>4</sup>. Fue éste quien inició una correspondencia con el obispo de Hipona para plantearle dudas sobre la nueva religión impuesta por el emperador Teodosio como oficial por el edicto de Tesalónica del 379/380<sup>5</sup>. Agustín aprovechó la circunstancia para inclinarle a favor de la *Catholica* y tratar de que influyera en su círculo intelectual.

Es muy probable que los integrantes de este círculo plantearan a Agustín la necesidad de dar una respuesta al saqueo de Roma y especialmente al argumento de los refugiados de que la aceptación del cristianismo como religión oficial había implicado el abandono de la Ciudad Eterna por parte de sus dioses.

Agustín se enfrentó por primera vez con noticias incompletas del saqueo de Roma, que le llevaron a pronunciar algunos de sus importantes sermones, en los que, por ejemplo, advertía a sus fieles sobre un fin del mundo.

De acuerdo a las cronologías precedentes, Agustín consideraba que vivía en una edad postrera del mundo (la sexta. Cfr. *Civ. Dei*. XVIII): “*En los tiempos cristianos se devasta el mundo, perece el mundo. ¿No te dijo tu Señor que sería devastado el mundo? ¿No te dijo tu Señor*

3. Cfr. HUBEÑÁK, FLORENCIO, “El saqueo de Roma y sus implicancias político-religiosas”; *Helmántica*, 2019 (en prensa).

4. CHASTAGNOL, ANDRÉ, “Le sénateur Volusien et la conversion d’une familia de l’aristocratie romaine au Bas-Empire”; *Revue des Etudes Anciennes*, 58, 3-4, pág. 243. Volusiano en 417 llegó a ser prefecto de Roma y le sucedió en 418 Aurelius Anicius Symmachus, hijo del conocido defensor de las tradiciones.

5. HUBEÑÁK, FLORENCIO, “De los edictos de Nicomedia, Milán y Tesalónica y la cristianización del Imperio”, en BOCH, V. – CARDOZO, P., *Voces en el Mediterráneo antiguo*, Mendoza, SSCC, 2015.

que perecería el mundo? (...) Mira lo que nos dicen los paganos, lo que nos dicen –y esto es más grave– los malos cristianos.... ¿Te extrañas de que se derrumbe el mundo? Extrañate de que el mundo haya envejecido. Uno es hombre: nace, crece, envejece... No te adhieras a este mundo envejecido y anhela rejuvenecer en Cristo, que te dice: «El mundo perece, el mundo envejece, el mundo se viene abajo y respira con dificultad a causa de su vejez. No temas; tu juventud se renovará como la del águila» (Serm. 81, 8). Pero a su vez levantaba el ánimo caído de sus conciudadanos al afirmar que la caída de las murallas no implicaba la caída de los ciudadanos: “Una ciudad está en sus ciudadanos, no en sus murallas” (De urbis excidio. VI, 6), aclarando que, en todo caso, Roma fue castigada pero no exterminada como Sodoma (ídem. II, 2). De este modo también tranquilizaba a los funcionarios romanos respecto a la continuidad del Imperio (Epist. 128, 2,9 y 3,17). Finalmente implicaba una primera respuesta a quienes culpaban al cristianismo por el saqueo (Serm. 296, 9), anticipando los argumentos que utilizaría en *La Ciudad de Dios*.

Sus amigos, especialmente Marcelino, aunque leyeron sus sermones, insistieron en que escribiese una refutación del paganismo (“no olvido, sino que reclamo tu promesa: te pido que escribas algunos libros que han de aprovechar increíblemente a la Iglesia, especialmente en estos tiempos” (Epist. 136, 3). El desafío era importante, pero atractivo; debía enfrentar a las elites cultas de la Romanidad<sup>6</sup> mostrándoles una nueva cosmovisión que cuestionara radicalmente las teorías de su amado Virgilio. Sabemos que Agustín dudó cierto tiempo antes de comprometerse a escribir un libro (Cfr. Epist. 132), confiado en que Marcelino hiciera circular sus cartas abiertas por los salones (Epist. 138, 1,1) y que ello resultara suficiente: “[c]omo tu beatitud se digna admitir conmigo, hay que ofrecer una plena, clara y bien pensada solución a todos los problemas, puesto que sin duda correrá por muchas manos la respuesta que se desea de tu santidad. Especialmente porque, cuando esto se discutía, estaba presente un eximio potentado y terrateniente de la región de Hipona, el cual alababa a tu santidad con adulación irónica, pero advirtiéndome que, cuando había preguntado estas cosas, tú no le habías convencido. Yo, a

6. HUBEÑÁK, FLORENCIO, “Algunas consideraciones sobre el pasaje de la Romanidad a la Cristiandad”, *Helmántica*, enero-junio de 2015, págs. 213/30.

todo esto, no olvido, sino que reclamo tu promesa: te pido que escribas algunos libros que han de aprovechar increíblemente a la Iglesia, especialmente en estos tiempos" (Epist. 136).

Finalmente Agustín se decidió y el resultado fue su obra más importante: *De civitate dei*, dividida en veintidós libros (capítulos), escrita entre el 413 y el 426, y publicada por partes. Se trata de un libro que supera con creces la calificación de obra histórica, filosófica, política, teológica, ya que responde a todos estos enfoques a la vez. "La idea de una *Ciudad de Dios* se la sugirió expresamente el Salmo 66, 6: *gloriosa dicta sunt de te, Civitas Dei*"<sup>7</sup>.

Cuando aparecieron los tres primeros libros de *La Ciudad de Dios* en el año 413, Agustín prometió una obra monumental, "una obra magna y ardua, magnus opus et arduum, queridísimo Marcelino" (*Civ. Dei*. I, Praef, 8). Trece años más tarde, Agustín acabará esta obra de veintidós volúmenes con una frase contundente que resume el tono de deliberación macizo en el que había decidido escribir: "Con el auxilio del Señor creo que he salvado mi deuda en este gigantesco libro" (*De civ. dei*. XXII, 30, 6)<sup>8</sup>. Cuando escribió el último libro tenía setenta y dos años.

## EL CONTENIDO

En la obra afirma que la historia de la humanidad fluye desde la Creación hasta la Parusía (Segunda Venida de Cristo) con su centro en Cristo, inaugurando la concepción lineal de la historia, que se configura por la existencia de dos ciudades (la celestial y la terrena).

La idea de las dos ciudades –probablemente la idea eje del libro– ya aparece en el *Teeteto* de Platón (176 e)<sup>9</sup>, pero para varios autores Agustín es deudor de su maestro donatista Ticonio<sup>10</sup>. El obispo

7. CILLERUELO, LOPE, *La oculta presencia del maniqueísmo en la "Ciudad de Dios"*; en *La Ciudad de Dios*, 1954-I, pág. 492.

8. BROWN, PETER, *Biografía de Agustín de Hipona*, Madrid, Revista de Occidente, 1970, pág. 411.

9. CHEVALLIER, JACQUES, *Historia del Pensamiento*, Madrid, Aguilar, 1967, t. II, págs. 88/90.

10. Por ej. BROWN, PETER, *Biografía de Agustín...*, cit., pág. 416.

de Hipona lo desarrolla por vez primera en su *Enarratio in Psalmum*: “Oísteis y sabéis que corren, en el desenvolvimiento de los siglos hasta el fin, dos ciudades, mezcladas ahora corporalmente entre sí, pero separadas espiritualmente: una para la cual el fin es la vida eterna, y se llama Jerusalén; otra para la cual todo su gozo es la vida temporal, y se llama Babilonia” (136,1), y más detalladamente en un sermón del 29 de junio del 404: “Se devuelve a Babilonia lo que ella hizo. De hecho, es una ciudad impía, que se extiende sobre toda la tierra, y representa, por así decirlo, el consenso de la impiedad humana. Es espiritualmente llamada Babilonia en las escrituras. Por el contrario, hay una ciudad peregrina en esta tierra, que representa el consenso de piedad de todas las naciones: se llama Jerusalén. En la actualidad las dos ciudades se mezclan, al final se separarán”<sup>11</sup>.

El propio Agustín sintetiza el contenido en las *Retracciones* que escribiera casi al final de su vida, donde expone: “[e]n el entretanto Roma fue destruida por la invasión e ímpetu arrollador de los godos, acaudillados por Alarico. Los adoradores de muchos dioses falsos, cuyo nombre, corriente ya, es el de paganos, empeñados en hacer responsables de dicho asolamiento a la religión cristiana, comenzaron a blasfemar del Dios verdadero con una acritud y un amargor desusado hasta entonces. Por lo cual yo, ardiendo en celo por la casa de Dios, tomé por mi cuenta escribir estos libros de la Ciudad de Dios contra sus blasfemias o errores. La obra me tuvo ocupado algunos años, porque se me interponían otros mil asuntos que no podía diferir, y cuya solución me preocupaba primordialmente. Esta gran obra de la Ciudad de Dios, por fin, quedó concluida en veintidós libros. Los cinco primeros van dirigidos contra aquellos que pretenden una prosperidad tal para las cosas humanas, que estiman necesario para ello el culto de los innumerables dioses que suelen adorar los paganos. Y sostienen que estos males surgen y abundan porque se les prohíbe tal culto. Los cinco siguientes son una réplica a aquellos que defienden que estos males no han faltado ni faltarán nunca a los mortales, y que verían entre grandes y pequeños, según los lugares, los tiempos y las personas. Mas añaden que el culto politeísta es útil y provechoso por la vida que ha de seguir a la muerte. Estos diez libros refu-

11. DOLBEAU, FRANÇOIS. *Les sermons de saint Augustin découvertes a Mayence. Un premier bilan*; en *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles Lettres*, 137-1, 1993, pág. 165.

*tan esas dos vanas opiniones, contrarias a la religión cristiana. Pero, a fin de que nadie nos reproche que desbaratamos la postura ajena y no afirmamos la propia, la segunda parte de esta obra, que comprende doce libros, va encaminada a eso. Si bien es cierto que, cuando la necesidad lo exige, también en los diez primeros afirmamos nuestra postura y en los doce últimos rebatimos la contraria. Los cuatro primeros libros de esta segunda parte versan sobre los orígenes de las dos ciudades, de la Ciudad de Dios y de la ciudad del mundo. Los cuatro siguientes, sobre su proceso o desarrollo, y los cuatro últimos, sobre sus fines propios y merecidos. Así, los veintidós libros que se ocupan de las dos ciudades, han recibido el título de la mejor, y se intitulan de la Ciudad de Dios" (II-43).*

Para intentar exponer sintéticamente y con claridad la idea clave del libro nada mejor que elegir algunos párrafos poco citados de la Ciudad de Dios. Por ejemplo: "[h]e dividido la humanidad en dos grandes grupos: uno, el de aquellos que viven según el hombre, y otro, el de los que viven según Dios"<sup>12</sup>, que explicita: "[d]e aquí que, siendo tantos y tan grandes los pueblos diseminados por todo el orbe de la tierra, tan diversos en ritos y en costumbres y tan variados en lengua, en armas y en vestidos, no formen más que dos géneros de sociedad humana, que podemos llamar, conformándonos con nuestras Escrituras, dos ciudades. Una es la de los hombres que quieren vivir según la carne, y otra la de los que quieren vivir según el espíritu, cada una en su paz propia. Y la paz de cada una de ellas consiste en ver colmados sus anhelos" (Civ. Dei. XIV, 1). "Místicamente damos a estos grupos el nombre de ciudades (civitas), es decir comunidades de hombres" (Civ. Dei. XIV, 1).

Si prestamos atención al texto es necesario subrayar que Agustín señala que "místicamente" –no sociológica ni políticamente– consideramos esas dos ciudades como *civitas* (no *urbs*), o sea "comunidades de hombres", una categoría ajena a nuestras habituales interpretaciones temporales.

Asimismo, de una lectura teológica, resulta evidente que aquello que separa a los miembros de la ciudad de Dios de la ciudad de

12. Más allá de los múltiples intentos de explicación racionalista de las causas que separan ambas ciudades, para san Agustín –que era teólogo y no político– la diferencia radica en la "gracia" (XV, 1, 2).

los hombres es la gracia, que les permite que vivan mezclados durante su peregrinar por la tierra: “... Cuando las dos ciudades emprendieron su curso evolutivo, por nacimientos y muertes sucesivas, nació primero el ciudadano de este mundo y luego el peregrino del siglo, que pertenece a la Ciudad de Dios. A éste le predestinó **la gracia**, la gracia le eligió; ella le hizo peregrino del suelo y ciudadano del cielo” (*Civ. Dei*. XV, 1, 2).

Agustín es claro al destacar el sentido ecumenista amplio de sus ciudades, como también el “peregrinar” mezcladas por esta tierra hacia la ciudad eterna, meta de la ciudad divina<sup>13</sup>: “Entonces, a lo largo de su peregrinaje, la ciudad celeste recoge a los ciudadanos de todas las naciones; constituye y reúne a una sociedad de peregrinos de todas las lenguas: no le preocupa saber si se diferencian por sus costumbres, por sus leyes, por sus instituciones; no se preocupa de que a unos les falte la paz de la tierra y que la posean los demás. No suprime nada, no destruye ninguno de sus usos; por el contrario, conserva y observa todo lo que, aunque sea distinto en las diversas naciones se dirige hacia un solo y mismo fin: la paz terrestre, siempre que no se oponga en nada a la religión del único Dios, supremo y verdadero. Durante este peregrinaje, la ciudad celeste se apoya en la paz terrestre; utiliza todo lo que conviene a la naturaleza mortal de los hombres y a la composición de las voluntades humanas, en la medida en que lo permite, lo protege y lo desea la piedad o la religión; sin embargo, transfiere la paz terrestre a la paz celestial. Esta es la única paz verdadera, porque es la que llena las condiciones de la paz entre criaturas racionales” (*Civ. Dei*. XIX-17).

En otro párrafo poco citado el hiponense se refiere a los medios que las diferencian en la tierra, destacando la prioridad que otorga a la paz: “Los hombres que no viven de la fe buscan la paz terrena en los bienes y comodidades de esta vida. En cambio, los hombres que viven de la fe esperan en los bienes futuros y eternos, según la promesa. Y usan de los bienes terrenos y temporales como viajeros. Estos no los prenden ni desvían del camino que lleva a Dios, sino que los sustentan para tolerar con más facilidad y no aumentar las cargas del cuerpo corruptible que apesga al alma.

13. FRANCISCO CONDE llegó a la conclusión de que las ciudades son realmente cuatro: la terrena y la divina en el paso por la tierra y la divina o eterna y la terrestre (o de los condenados) en el más allá, con la diferencia que la mezcla en la tierra conlleva la separación definitiva en el más allá.

*Por tanto, el uso de los bienes necesarios a esta vida mortal es común a las dos clases de hombres y a las dos casas; pero, en el uso, cada uno tiene un fin propio y un pensar muy diverso del otro. Así, la ciudad terrena, que no vive de la fe, apetece también la paz, pero fija la concordia entre los ciudadanos que mandan y los que obedecen en que sus amores estén acordes de algún modo en lo concerniente a la vida mortal.*

*Empero, la ciudad celestial, o mejor, la parte de ella que peregrina en este valle y vive de la fe, usa de esta paz por necesidad, hasta que pase la mortalidad, que precisa de tal paz. Y por eso, mientras que ella está como viajero cautivo en la ciudad terrena, donde ha recibido la promesa de su redención y el don espiritual como prenda de ella, no duda en obedecer estas leyes que reglamentan las cosas necesarias y el mantenimiento de la vida mortal. Y como ésta es común, entre las dos ciudades hay concordia con relación a esas cosas.*

*Pero resulta que la ciudad terrena tuvo ciertos sabios condenados por la doctrina de Dios, que, por sospechas o por engaño de los demonios, dijeron que debían amistar muchos dioses con las cosas humanas. Y encomendaron a su tutela diversos seres, a uno el cuerpo, a otro el alma; y en el mismo cuerpo, a uno la cabeza y a otro la cerviz; y de las demás partes, a cada uno la suya. Y de igual modo en el agua: a uno encomendaron el ingenio, a otro la doctrina, a otro la ira, a otro la concupiscencia; y en las cosas necesarias a la vida, a uno el ganado, a otro el trigo, a otro el vino, a otro el aceite, a otro las selvas, a otro el dinero, a otro la navegación, a otro las guerras y las victorias, a otro los matrimonios, a otro los partos y la fecundidad, y a otro los seres.*

*La ciudad celestial, en cambio, conoce a un solo Dios, único al que se debe el culto y esa servidumbre que no se debe más que a Dios. Estas diferencias han motivado el que esta ciudad no pueda tener comunes con la ciudad terrena las leyes religiosas. Y por éstas se ve en la precisión de disentir de ella y ser una carga para los que sentían en contra y soportar sus iras, sus odios y sus violentas persecuciones, a menos de refrenar alguna vez los ánimos de sus enemigos con el terror de su multitud, y siempre con la ayuda de Dios. La ciudad celestial, durante su peregrinación, va llamando ciudadanos por todas las naciones y formando de todas las lenguas una sociedad viajera. No se preocupa de la diversidad de leyes, de costumbres ni de institutos, que resquebrajan o mantienen la paz terrena. Ella no suprime ni destruye nada, antes bien lo conserva y acepta, y ese conjunto, aunque diverso en las dife-*

*rentes naciones, se flecha, con todo, a un único y mismo fin, la paz, terrena, si no impide la religión que enseña que debe ser adorado el Dios único, sumo y verdadero. La ciudad celestial usa también en su viaje de la paz terrena y de las cosas necesariamente relacionadas con la condición actual de los hombres. Protege y desea el acuerdo de afectos entre los hombres cuanto es posible, dejando a salvo la piedad y la religión, y supedita la paz terrena a la paz celestial. Esta última es la paz verdadera, la única digna de ser y de decirse paz de la criatura racional, a saber, la unión ordenadísima y concordísima para gozar de Dios y a la vez en Dios. En llegando a esta meta, la vida ya no será mortal, sino plenamente vital. Y el cuerpo ya no será animal, que, mientras se corrompe, apesga al alma, sino espiritual, sin ninguna necesidad, sometido de lleno a la voluntad. Posee esta paz aquí por la fe y de esta fe vive justamente cuando refiere a la consecución de la paz verdadera todas las buena sobras que hace para con Dios y con el prójimo, porque la vida de la ciudad es una vida social” (Civ. Dei. XIX, 17).*

El mismo autor nos advierte que estas dos “ciudades” –que representan la bondad de Dios y la maldad del espíritu del mal– viven “mezcladas” –en constante “lucha”– usando los mismos bienes temporales y afligidas por iguales males, hasta el fin de los tiempos.

Solo al llegar estos *La Ciudad de Dios* triunfará definitivamente sobre la <ciudad terrena>. Agustín es claro –frente a los gnósticos– en el sentido de que no hay una ciudad del espíritu <buena> y una ciudad de la carne <mala>. “No existe un Estado de buenos y un Estado de malvados en radical y completa contraposición (...) es una mescolanza”<sup>14</sup>.

Más allá del análisis del desarrollo “histórico salvífico” que se aprecia en toda la obra, podemos concluir en términos de Agustín: “Es hora ya de poner fin a este libro, en el que he hecho ver, a mi parecer, bastante el desarrollo mortal de las dos ciudades, la celestial y la terrena, mezcladas aquí hasta el fin del mundo.

*La terrena se forjó sus dioses falsos a capricho, de hombres o de otros seres, y a ellos servía y ofrecía sacrificios, y la celestial, peregrina en la tierra, no se forja dioses falsos, sino que ella es hechura del Dios verdadero y su verdadero sacrificio.*

14. COTTA, SERGIO, *La città politica di Sant’Agostino*, Milano, Ediz. de la Comunità, 1960, pág. 74.

*Las dos usan por igual de los bienes temporales o son afligidas con iguales males, pero su fe, su esperanza y su caridad son diferentes hasta que sean separadas en el juicio final y llegue cada una a su fin, que no tendrá fin” (Civ. Dei. XVIII, 54,2).*

Este párrafo es importante porque se opone claramente al presunto “maniqueísmo” de San Agustín, dejando en manos de Dios la tarea de separar a los buenos de los malos en el juicio final (*Civ. Dei. XX*), cuando la Ciudad de Dios triunfará definitivamente sobre la <ciudad terrena> cuando el “Segador” separe la “cizaña” del “trigo” (Cfr. Mateo XIII, 24/30), asegurando la eterna felicidad de los santos, fin último de la Ciudad de Dios, o sea un fin extratemporal.

## LAS CONSECUENCIAS

Para ÉTIENNE GILSON –como señalamos precedentemente y recalcando la importancia de la gracia– “en lo que respecta San Agustín, todo es claro. La Ciudad de Dios y la Ciudad terrena son dos ciudades místicas, a punto tal que sus ciudadanos están en ella distribuidos por la predestinación divina. Sus respectivos pueblos son el de los elegidos y el de los condenados. No podría, pues, estarse más lejos de cualquier consideración política en el sentido temporal del término”<sup>15</sup>, pero el pensamiento agustiniano fue muchas veces interpretado y deformado a través de la historia.

Como sabemos, a partir de la promulgación del edicto *Cunctos populos*, por el emperador Teodosio en Tesalónica en 379/380, el cristianismo se convirtió en la religión oficial del imperio<sup>16</sup> y la Iglesia quedó directamente vinculada con las estructuras imperiales, entrando a participar en la dinámica del poder<sup>17</sup>.

15. GILSON, ÉTIENNE, *Las metamorfosis de la Ciudad de Dios*, Buenos Aires, Troquel, 1954, pág. 83.

16. HUBEŇÁK, FLORENCIO, “Teodosio y la cristianización del Imperio”, *Hispania Sacra*. LI, n° 103, enero-junio de 1999.

17. HUBEŇÁK, FLORENCIO, “Algunas consideraciones sobre el pasaje de la Romanidad a la Cristiandad”, *Helmántica*, enero-junio de 2015, págs. 213/30.

Fueron los poco estudiados teólogos del renacimiento carolingio los primeros que especularon sobre la posibilidad de construir la *Ciudad de Dios* en la tierra, y su pensamiento político –basado en gran medida en la tendencia espiritualista de San Agustín– influyó en Carlomagno y sus continuadores. Un ejemplo claro de ello fue el citado monarca, como nos lo explica su cronista EGINARDO: “*Cuando cenaba se distraía con juglares y música o bien hacía que se le leyeran libros. Le leían textos de historia y las grandes gestas de los antiguos. Le agradaban, sobre todo, las obras de san Agustín, principalmente la titulada De civitate Dei...*”<sup>18</sup>.

Como bien lo expresa GARCÍA PELAYO: “El Imperio de Carlomagno trata de convertir en realidad sociológica la idea de la Ciudad de Dios peregrina en la tierra, formulada por San Agustín”<sup>19</sup>, pero ello implicaba para el monarca franco devenido en emperador que su reino fuera el brazo secular de la Iglesia.

Pero el imperio carolingio planteó prontamente un problema: las relaciones entre el imperio y la Iglesia. Y uno de los textos claves que fue sobredimensionado en busca de una respuesta fue la carta del 495 que el papa Gelasio dirigió al *basileus* Anastasio de la *pars orientis* del imperio, con sede en Constantinopla, en la que le señalaba: “*Existen dos organismos, Augusto emperador, a través de los cuales se gobierna soberanamente este mundo: la autoridad sagrada de los pontífices y el poder real. Pero el poder de los sacerdotes es tan grande que en el juicio final, tendrán que dar cuenta al Señor de los propios reyes. En verdad, hijo muy clemente, sabes muy bien que gobiernas al género humano por tu dignidad, pero que tienes que agachar la cabeza con respeto ante los prelados de las cosas divinas; al recibir los sacramentos divinos esperas de ellos los medios de tu salvación y aunque dispones de sacerdotes, sabes que en lugar de dirigirlos tienes que someterlos al orden religioso. Sabes también, entre otras cosas, que dependes de su juicio y que no debes tratar de reducirlos a tu voluntad. Si para todo aquello que se relaciona con ello el orden público, los prelados de la religión admiten el imperio que se te ha otorgado por una disposición*

18. EGINARDO, *Vida de Carlomagno*, 24.

19. GARCÍA PELAYO, MANUEL, *Reino de Dios, arquetipo político*. Madrid, Rev. de Occidente, 1959, pág. 44.

sobrenatural, y obedecen tus leyes, ¡con cuanta afición debes obedecerles tú, a ellos, que comunican los misterios divinos”, dejando claro que el poder temporal quedaba subordinado al poder espiritual en las cuestiones referidas a la moral<sup>20</sup>.

Para los teólogos carolingios quedaba clara la existencia de la *res publica* (*regnum*) y la *ecclesia* (*sacerdotium*), que para ellos aún conformaba una unidad (la Cristiandad)<sup>21</sup>: “Nosotros somos un solo cuerpo de Cristo, según el Apóstol (...) Quiso Dios todopoderoso que bajo un solo rey muy piadoso, todos los hombres fuesen gobernados por una sola ley: ésta aprovecha grandemente a la concordia de la **Ciudad de Dios** y a la equidad entre todos los pueblos”<sup>22</sup>.

Pero en esta concepción no quedaban claras las competencias de cada uno de ellos y la propia dinámica política llevó a cada uno al intento de fortalecer su propio poder. Pero –como bien advierte WALTER ULLMAN– “en un medio por completo cristocéntrico, lo que se planteaba era saber cuáles eran los criterios que permitirían separar lo temporal de lo espiritual” y, sobre todo, “quien debía trazar la línea de demarcación”<sup>23</sup>. A resolver este problema se dedicaron los pensadores de la época y la concepción de San Agustín fue una figura clave en sus reflexiones.

Los integrantes del llamado “renacimiento carolingio” también analizaron –sobre la base de la experiencia y en su contexto histórico– la relación entre la Iglesia y el imperio. Por otra parte, el estudio de los textos agustinianos y de otros Padres de la Iglesia, en el ambiente monástico, fortaleció una percepción excesivamente espiritualista, que marcó la historia de la Cristiandad hasta el siglo XII, minusvalorando la importancia –y autonomía– de lo temporal. A esta interpretación del pensamiento del obispo de Hipona se la conoce como

20. Es importante observar que durante la mal llamada Edad Media la mayoría de los asuntos temporales estaban vinculados con la moral.

21. HUBEŇÁK, FLORENCIO, “Christianitas ¿un período histórico?”, *Helmántica*, Universidad Pontificia de Salamanca, enero-abril 2009.

22. AGOBARDO, *Liber adversus legem Gundobaldi*, en: P.L. t. CIV, col. 113/126.

23. ULLMAN, WALTER, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Barcelona, Ariel, 1983, pág. 133.

“agustinismo político”<sup>24</sup> y se observa ya en JONÁS DE ORLEÁNS, cuando en el siglo IX escribió: “*Todos los fieles deben saber que la Iglesia universal es el cuerpo de Cristo; que su cabeza es Cristo y que, en esta Iglesia, existen dos principales personajes: el que representa el Sacerdocio y el que representa la realeza (...) El primero es tanto más importante como que deberá rendir cuenta a Dios de los reyes mismos*”<sup>25</sup>. Según ARQUILLIERE, para estos autores, “en suma, el poder secular no es más que una prolongación necesaria de la autoridad eclesiástica. Es su brazo secular”<sup>26</sup> y “la política es una aplicación de la moral cristiana”<sup>27</sup>. De esta manera se van colocando las bases de la llamada teocracia papal, asentadas también en una reelaboración de la teoría de GELASIO, conocida entonces como teoría de las dos espadas<sup>28</sup>. Uno de sus exponentes más importantes fue el abad BERNARDO DE CLARAVAL, quien en una de sus epístolas expuso: “[u]na y otra espada pertenecen a la Iglesia, a saber la espada espiritual y la espada material. Pero ésta debe ser sacada para la Iglesia, aquélla por la Iglesia; la primera por la mano del sacerdote, la segunda por la del caballero, pero desde luego por orden del sacerdote y al mando del emperador”<sup>29</sup>.

Como bien sintetiza el mismo GILSON: “A partir de este momento, el problema de las dos ciudades ha llegado a ser el de los dos poderes, el espiritual, de los papas, y el temporal, de los Estados o de los príncipes. Pero, puesto que para la Iglesia, aun lo espiritual está presente en lo temporal, el conflicto de las dos ciudades ha descendido de la eternidad al tiempo. Al mismo tiempo, la sociedad universal de los hombres descendía del cielo a la tierra, y pues una sociedad no podría tener dos jefes, se planteaba el problema de saber cuál de los poderes ejercía sobre ella la jurisdicción suprema: la historia de este

24. La expresión pertenece a H.X.L. ARQUILLIERE en su libro así titulado (*L'augustinisme politique*, París, Vrin, 1972).

25. Jonás. cit. REVIRON, JEAN. *Les idées politico-religieuses d'un évêque du IX siècle*, Jonas d'Orléans, París, Vrin, 1930, pág. 134.

26. ARQUILLIERE, H.X., *L'augustinisme politique*, París, Vrin, 1972, pág. 150.

27. *Ibidem*, pág. 151.

28. HUBEÑÁK, FLORENCIO, “Raíces y desarrollo de la teoría de las dos espadas”; *Prudentia Iuris*, N° 78, 2014.

29. DE CLARAVAL, BERNARDO, *Epístola 256*, en P. L., t. CLXXXII, col. 464.

problema será la del conflicto, permanente en la Edad Media, entre el sacerdocio y el imperio”<sup>30</sup>.

A estas reflexiones teológicas se agregó el renacimiento del derecho romano y su relación con el desarrollo del derecho canónico<sup>31</sup>. “La tendencia agustiniana de absorber el derecho natural del estado en el derecho eclesiástico se convirtió en una doctrina”<sup>32</sup>.

Así se fue construyendo la teocracia papal o defensa de la plenitud del poder eclesiástico del papa (*plenitudo ecclesiasticae potestatis*) –cabeza de la Iglesia (*caput Ecclesiae*)– en desmedro de los funcionarios eclesiásticos locales y de los señores feudales, y se fue ampliando hasta abarcar –primero sutilmente y luego de manera clara– la esfera estrictamente temporal, lo cual convirtió al papa en el supremo gobernante (*imperium*) en cualquier decisión que afectase a la *Christianitas*. Ello se nota claramente con respecto a la *Ciudad de Dios* que muchos integrantes de la Cristiandad intentaron construir en esta tierra, llegando –al acrecentar el papel de la Iglesia y su misión– a identificarla con dicha *ciudad*, relegando al imperio a la ciudad terrena. En su desarrollo cumplió un papel fundamental la reforma (gregoriana) emprendida por el papa Gregorio VII y que trató de imponerse en la querrela de las investiduras. Cabe observar, como bien señala WALTER ULLMANN sobre la situación de conflicto entre el *sacerdotium* y el *regnum*, que este “se daba *dentro* de un único y mismo conjunto, dentro de una única y misma sociedad de cristianos, y no entre dos cuerpos autónomos e independientes, la Iglesia y el Estado”<sup>33</sup>.

En nuestra opinión, este giro radical realizado por Gregorio VII, aun contra el programa originario de los cluniacenses, obedeció al convencimiento sobre el fracaso de la política destinada a convencer a los monarcas carolingios (siglo IX-XI) sobre la edificación de la Ciu-

30. GILSON, ÉTIENNE, *La metamorfosis de la Ciudad de Dios*, Buenos Aires, Troquel, 1954, pág. 84.

31. Cfr. HUBEŇÁK, FLORENCIO, VENTURA, EDUARDO, RANIERI DE CECHINI, DÉBORA, *Formación del pensamiento jurídico-político*. Buenos Aires, EDUCA, 2012, I, págs. 169/86.

32. ARQUILLIERE, H.X., *op. cit.*, pág. 152.

33. ULLMANN, WALTER, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*. Barcelona, Ariel, 1983, pág. 18/9.

dad de Dios en el imperio y, en consecuencia, a su intención de asumir directamente esa tarea.

Contra este conflicto que llevaba a un enfrentamiento cada vez mayor el canonista YVO DE CHARTRES –patrono de los abogados– recordaba al propio papa Pascual II que *“cuando el Imperio y el Sacerdocio viven en plena armonía, el mundo está bien gobernado y la Iglesia florece y fructifica. Pero cuando surge entre ellos la discordia, no sólo no crecen los pequeños brotes, sino que incluso las mismas grandes instituciones perecen miserablemente”*<sup>34</sup>.

La teocracia se fue fortaleciendo con el aporte de sucesivos papas como Inocencio III e Inocencio IV, hasta su última manifestación con Bonifacio VIII. Estos teólogos-juristas afirmaban que *“junto al gobierno directo, Dios ejercía un gobierno indirecto a través de sus vicarios en la tierra, es decir, de las autoridades de la civitas Dei o Iglesia”*<sup>35</sup>. Queda claro cómo *“la ciudad terrenal tendía a confundirse con la ciudad de Dios”*<sup>36</sup>.

Coincidentemente, HONORIO AUGUSTODUNENSIS (siglo XII) escribía: *“De la misma manera que lo espiritual precede a lo secular, que el clero precede, por su orden, al pueblo, el sacerdocio supera al poder regio en dignidad. Los reyes y jueces están establecidos únicamente para castigar a los malvados (...) Es, en efecto, preciso que el poder real obligue con la espada material a los que, rebeldes a la ley divina, no han podido ser corregidos por el ministerio sacerdotal (...) El rey es el ministro de Dios, el juez de su cólera contra el que obra mal... El rey es el ministro de la Iglesia para castigar a los rebeldes (...) En consecuencia, así como el alma tiene una dignidad superior a la del cuerpo, al que da la vida y lo espiritual, superior a lo temporal, a lo que da el derecho, así el sacerdocio tiene dignidad superior al reino (...) El rey debe ser instituido por los sacerdotes de Cristo, que son los verdaderos príncipes de la Iglesia (...) El emperador romano, debe ser elegido por el papa e instituido con el consentimiento de los príncipes y la aclamación del pueblo. Debe ser consagrado y coronado por el Papa”*.

34. DE CHARTRES, Yvo, *Epístola* 238, en: P.L. 162, 146.

35. GARCÍA-PELAYO, MANUEL, *El Reino de Dios, arquetipo político*, Madrid, Rev. de Occidente, 1959, págs. 91/92.

36. FÉDOU, RENÉ, *El estado en la edad media*, Madrid, EDAF, 1977, pág. 101.

Pero el extremismo de algunos escritores canonistas llegó a su límite con la afirmación de que el papa “es el verdadero o virtual emperador”. Tal expresión la encontramos usada en dos *Summae* del siglo XIII: *Papa versus Imperator est* (*Summa Parisiensis* 1160-1170), proposición a la cual Enrique de Cremona en el siglo XIII da un *tour de force*, tratando de derivarla de la *civitas Dei* de San Agustín, y afirmando que el papa es *rector* de la *Respublica Christiana*, aun en asuntos temporales (Cfr. C.D. II, 21,A)<sup>37</sup>.

“Cristo –había escrito Inocencio IV a mediados del siglo XIII– no fundó solamente un dominio sacerdotal sino también una soberanía monárquica y confió a San Pedro y a sus sucesores ambos reinos, el temporal y el espiritual”<sup>38</sup>.

A su vez, desde el punto de vista histórico en su **Crónica**, el cisterciense OTÓN DE FRESING comprobaba, hacia el año 1150, que el Imperio romano duraba todavía y anunciaba su perennidad hasta el juicio final. A lo cual agregaba, en el prólogo del libro V, que “puesto que (desde Constantino) no sólo todos los pueblos, sino también todos los emperadores, excepto un pequeño número, han sido católicos y han permanecido sujetos a la ortodoxia, me parece haber escrito la historia, no de dos ciudades, sino virtualmente de una sola. Porque aunque los elegidos y los réprobos se hallan en la misma casa, no puedo yo decir que esas ciudades sean dos, como lo dije precedentemente: debo decir que no forman propiamente más que una sola, aunque el grano esté en ella mezclado con la paja”. OTÓN reafirma esta tesis en el prólogo del libro VII, y después en el del libro VIII. En su espíritu la identificación de la *Ciudad de Dios* con el pueblo de la Iglesia es en adelante un hecho consumado<sup>39</sup>.

En el siglo XIV, con la severa crisis de las instituciones medievales (Imperio e Iglesia), retornó la concepción del poder terrenal, pero ahora no imperial sino republicana y en paralelo con el resurgimiento del aristotelismo en oposición al agustinismo político, abriendo el ca-

37. WECKMANN, LUIS, *El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional*, México, FCE, 1993, pág. 104.

38. cit. PARDO, ISAAC, *Fuegos bajo el agua. La invención de Utopía*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1990, pág. 509.

39. GILSON, ÉTIENNE, *Las metamorfosis de la Ciudad de Dios*, Buenos Aires, Troquel, 1954, pág. 116.

mino hacia el secularismo. Su primer representante significativo fue MARSILIO DE PADUA en su *Defensor pacis*. De allí en más el secularismo fue avanzando e inclusive reemplazando al clericalismo de la teocracia. Ello dio origen a múltiples proyectos de elaborar una ciudad perfecta –la ciudad de Dios en la tierra–, cuyos modelos describe GILSON lúcidamente en *La metamorfosis de la Ciudad de Dios*, y a los cuales el espacio del que disponemos nos impide referirnos.

*II. Me parece que no podemos concluir estas líneas sin una última reflexión sobre los epígonos del tema en nuestra época, más allá de las utopías de la metamorfosis secularista.*

Sin lugar a dudas el interrogante más importante que subsiste con respecto al papel de la Iglesia en el mundo actual se refiere a su derecho a intervenir en el ámbito moral, aun cuando –y especialmente– el poder político olvide su función en relación con el bien común. Casi nadie abogaría hoy por un poder terrenal (teocrático) de la Iglesia, pero tampoco nos parece se le pueda prohibir opinar –y presionar– en las cuestiones referentes a “lo político” en su sentido prístino, o sea, evangelizar el peregrinar hacia la Ciudad eterna prefigurada por San Agustín.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AGOBARDO, *Liber adversus legem Gundobaldi*, en: P. L. t. CIV, col. 113/126.
- ARQUILLIERE, H. X. L., *L'augustinisme politique*, París, Vrin, 1972.
- BROWN, PETER, *Biografía de Agustín de Hipona*, Madrid, Revista de Occidente, 1970.
- CHASTAGNOL, ANDRÉ, “Le sénateur Volusien et la conversion d’une familia de l’aristocratie romaine au Bas-Empire”, *Revue des Etudes Anciennes*, 58, 3-4.
- CHEVALLIER, JACQUES, *Historia del Pensamiento*, Madrid, Aguilar, 1967, t. II.
- CILLERUELO, LOPE, *La oculta presencia del maniqueísmo en la “Ciudad de Dios”*; en *La Ciudad de Dios*, 1954-I.
- COTTA, SERGIO, *La città politica di Sant’Agostino*, Milano, Ediz. de la Comunità, 1960.
- DE CHARTRES, YVO, *Epístola 238*, en: P.L. 162, 146.

- DE CLARAVAL, BERNARDO, *Epístola 256*, en P. L., t. CLXXXII, col. 464.
- DOLBEAU, FRANÇOIS, "Les sermons de saint Augustin découvertes a Mayence. Un premier bilan"; en *Comptes rendüs des séances de l'Academia des Inscriptions et Belles Lettres*, 137-1, 1993.
- EGINARDO, *Vida de Carlomagno*, 24.
- FÉDOU, RENÉ, *El estado en la edad media*. Madrid, EDAF, 1977.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL, *El Reino de Dios, arquetipo político*, Madrid, Rev. de Occidente, 1959.
- GILSON, ÉTIENNE, *Las metamorfosis de la Ciudad de Dios*, Buenos Aires, Troquel, 1954.
- HUBEŇÁK, FLORENCIO, *Roma. El mito político*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997.
- , "Teodosio y la cristianización del Imperio", *Hispania Sacra*. LI, n° 103, enero-junio de 1999;
- , "Christianitas ¿un período histórico?", *Helmántica*, Universidad Pontificia de Salamanca, enero-abril 2009.
- , VENTURA, EDUARDO, RANIERI DE CECHINI, DÉBORA, *Formación del pensamiento jurídico-político*, Buenos Aires, EDUCA, 2012, I.
- , "Raíces y desarrollo de la teoría de las dos espadas"; *Prudentia Iuris*, N° 78, 2014.
- , "De los edictos de Nicomedia, Milán y Tesalónica y la cristianización del Imperio", en BOCH, V.- CARDOZO P., *Voces en el Mediterráneo antiguo*, Mendoza, SSCC. 2015.
- , "Algunas consideraciones sobre el pasaje de la Romanidad a la Cristianidad", *Helmántica*, enero-junio de 2015.
- , "El saqueo de Roma y sus implicancias político-religiosas"; *Helmántica*, 2019 (en prensa).
- PARDO, ISAAC. *Fuegos bajo el agua. La invención de Utopía*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1990.
- REVIRON, JEAN. *Les idées politico-religieuses d'un évêque du IX siècle*, Jonas d'Orléans, París, Vrin, 1930.
- ULLMANN, WALTER, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Barcelona, Ariel, 1983.
- WECKMANN, LUIS, *El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional*, México, FCE, 1993.



## RECENSIÓN

ALFONSO SANTIAGO, ENRIQUE VERAMENDI Y SANTIAGO M. CASTRO VIDELA, *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo. Decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes. Régimen constitucional, ley 26.122 y práctica legislativa y jurisprudencial*, (1ª edición), CABA, La Ley, 2019, 416 págs., ISBN 978 -987 -03-3757 -7<sup>1</sup>

MARIANO PALACIOS<sup>2</sup>

Si usted tuviera que enfrentarse a la tarea de reseñar *El control del Congreso...* de SANTIAGO, VERAMENDI y CASTRO VIDELA, puedo adelantar sin hesitación alguna que le resultará un trabajo de fácil factura por—al menos— tres (3) razones.

1. En adelante, *El control del Congreso...*

2. Abogado (UCA, 1996). 41<sup>st</sup> Annual Academy of American and International Law (The Center for American and International Law -formerly The Southwestern Legal Foundation-, 2004). Especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA, 2010). Programa Dirección de Servicios Legales (IAE Business School, Universidad Austral, 2012). Especialista en Derecho Constitucional (UBA, 2017). Director Ejecutivo de la Revista Argentina de Derecho de la Energía, Minería e Hidrocarburos (RADEHM). Actualmente se desempeña como Director de Asuntos Legales e Institucionales de TRANSENER SA. Autor de numerosos artículos de doctrina. Correo electrónico: palacios\_mariano@hotmail.com.

La primera de ellas, la consistencia entre la presentación de la obra que los propios autores realizan y el desarrollo posterior.

Desde un inicio, los objetivos propuestos están claramente identificados. Cada uno de los capítulos es un peldaño que el lector asciende para llegar a la terraza del edificio intelectual construido; con la clara convicción de haber alcanzado la meta, y aprehendido la actividad normativa de carácter legislativo del Poder Ejecutivo.

Expresados sin vueltas, los objetivos autoimpuestos de los autores consistieron: (i) en analizar las facultades que expresamente le otorga la Constitución argentina al Congreso, luego de la reforma constitucional de 1994, para controlar la validez de los decretos delegados (DD), de necesidad y urgencia (DNU) y de los que promulgan leyes parcialmente vetadas (DPPL); y (ii) evaluar y estudiar críticamente la ley 26.122 y los efectos políticos, jurídicos e institucionales que se siguen de los criterios adoptados en su sanción y en la práctica desarrollada en su implementación.

Pero el estudio de un tema en particular y el examen minucioso de jurisprudencia e información al detalle en modo alguno opacan la visión general. Pues, aun al momento de lidiar con cuadros, gráficos, porcentajes y estadísticas, *El control del Congreso...* se encuadra en la batalla normativa e institucional del gobierno moderno, caracterizada por la tensión que provoca la revancha histórica del Poder Ejecutivo durante los siglos XX y XXI por el despojo del poder normativo que en el siglo XIX le hiciera el Poder Legislativo.

De estilo ágil, en lenguaje simple –y no por ello menos profundo–, la obra desgrana todos los aspectos jurídicos posibles de la actividad normativa legislativa del Poder Ejecutivo y sus efectos en el sistema constitucional argentino. Y hasta se anima a ensayar ciertas explicaciones extrajurídicas –todas ellas con aguda precisión– sobre las causas que han llevado al desprestigio y debilidad del Poder Legislativo.

En ese sentido, y como una idea central que luego se verificará a lo largo de todo el análisis particular (teórico y práctico) de la ley 26.122, aciertan los autores cuando señalan que *“debe ser el propio Poder Legislativo el que reasuma con firmeza el pleno ejercicio de sus competencias y atribuciones constitucionales: ha de recuperar sus roles legislativos propios, debatir con libertad las iniciativas legislativas del Poder Ejecutivo,*

*limitar la práctica de la delegación legislativa, realizar un control estricto de los decretos de necesidad y urgencia, etc.*"<sup>3</sup>.

La comprobación empírica de tal circunstancia, en lo que se refiere a la ley 26.122, lleva a los autores a verificar con justeza la existencia de una "democracia delegativa" en la práctica institucional y de un creciente proceso de deslegalización.

Tal como apuntaran los Dres. Alberto B. Bianchi y Héctor A. Mairal en su presentación, *El control del Congreso...* no es una obra de palabras románticas, sino que apabulla con datos duros de la cruda realidad, y es un libro que desnuda el ejercicio del poder por parte de los argentinos.

La obra se establece así como lo que pretende ser: un valioso aporte para el análisis y comprensión de las complejas relaciones normativas entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo en el marco del sistema institucional argentino.

Por su contenido y el modo en que es desarrollado, y por las conclusiones fundadas a las que arriba, no tengo dudas de que *El control del Congreso...* integrará de aquí en más, sin excepción y con prestigio, los anaqueles de las bibliotecas del derecho constitucional, y de su rama pequeña del derecho parlamentario y de las ciencias políticas.

El segundo motivo por el cual resulta sencillo consagrarse a la recensión de la obra de SANTIAGO, VERAMENDI y CASTRO VIDELA es la oportunidad de su publicación.

Han transcurrido veinticinco (25) años de la Reforma Constitucional que le otorgó expresamente al Poder Ejecutivo la facultad de dictar normas de carácter legislativas. Y trece (13) de la sanción de la ley 26.122. En estos tiempos de la democracia vernácula, las distintas fuerzas políticas del país han desempeñado diversas funciones asignadas por la Constitución Nacional y la ley 26.122 en el sistema institucional, y bajo diferentes ecuaciones en la distribución del poder en el interior de las Cámaras Legislativas, y entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

De ese modo, y aun con las dificultades que ello supone, los autores han recopilado, examinado y procesado toda la información dis-

3. Cfr. *El control del Congreso...*, pág. 29.

ponible en la materia. En los albores de un nuevo período constitucional, en lo que refiere a las relaciones entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, *El control del Congreso...* resultará de obligada consulta para todo el espectro jurídico-político. Como también para quienes deseen conocer con profundidad el funcionamiento del “régimen de control legislativo” de los DD, DNU y DPPL.

Una última razón sustenta mi afirmación inicial. La cuestión de la actividad normativa del Poder Ejecutivo y el modo en que el Congreso Nacional se enfrenta a ella no es un tema nuevo para los autores, quienes ya la han estudiado en profundidad desde múltiples puntos de vista.

En esta ocasión, *El control del Congreso...* es la culminación de un formidable trabajo académico y de investigación de campo, de combinación de teoría y práctica, de la interrelación entre derecho y poder, que bien puede servir de modelo para próximos estudios de este tenor.

El libro está estructurado en seis (6) capítulos. El primero desarrolla el marco situacional del control legislativo sobre el Poder Ejecutivo. Incluye un detallado relevamiento del contexto normativo e institucional de la creación del procedimiento de control y el ámbito en el que operan, y las diversas soluciones conceptuales que diversos poderes jurisdiccionales han desarrollado para preservar las atribuciones del Poder Legislativo.

El capítulo II es el núcleo central de la obra. Sobre la base de los antecedentes ya publicados por los propios autores, se concentran en un análisis exhaustivo del denominado “régimen de control legislativo”, previsto en la Constitución Nacional y en la ley 26.122. Con impacto en todas las ramas del derecho, la ley 26.122 prevé criterios para juzgar la legitimidad de origen de las normas legislativas del Poder Ejecutivo y, al fraccionar sus elementos con precisión meticulosa, *El control del Congreso...* deja al descubierto los efectos sistémicos negativos del régimen instaurado.

El capítulo III traza las características teóricas del control de constitucionalidad del Poder Legislativo. Esta es la sección con mayor riqueza doctrinaria sobre la materia. Aunque debe señalarse –conociendo los antecedentes académicos de los autores– que será necesario complementarlo con un estudio adicional que pueda ampliar con precisión los contornos del sistema.

Máxime, más allá del permisivismo constitucional del diseño de la ley 26.122 verificado en la obra porque, como bien señalan SANTIAGO, VERAMENDI y CASTRO VIDELA, el fin último del sistema constitucional de la Reforma de 1994 fue aumentar las relaciones recíprocas de colaboración y control entre los poderes, procurando una acción conjunta y coordinada de los órganos de gobierno, basados en el consenso político.

De allí que los autores reconozcan la doble faz del control del Congreso: por un lado, técnico-jurídico; y por otro “... de carácter marcadamente político tanto por la naturaleza propia del órgano que interviene, la importancia que en su resultado tienen los distintos escenarios institucionales por los que atraviesa la vida política y los criterios de decisión que finalmente predominan en las decisiones que se adoptan”<sup>4</sup>.

El capítulo IV se refiere a la práctica institucional de la Comisión Bicameral Permanente (CBP) y de cada una de las Cámaras. Los capítulos V y VI se refieren específicamente a los DD y DPPL, respectivamente. En todos los casos, con una puntual discriminación de normas, jurisprudencia y práctica constitucional ante los diversos escenarios políticos. Si bien el tema podría entenderse suplido por los Anexos I y II del capítulo IV, hubiese sido conveniente incluir también una sección específica para los DNU.

A lo largo de toda la obra se realizan conclusiones sobre cada uno de los aspectos del tema elegido, todas ellas con sustento en la profunda e imponente información recopilada, procesada y sistematizada. No obstante, hubiese sido deseable que la obra incluyera un último capítulo a modo de remate final global y colofón constitucional sistémico.

Desde un punto de vista sustancial, *El control del Congreso...* ofrece al lector un recorrido por todos los casilleros que la normativa de carácter legislativo, emanada del Poder Ejecutivo, debe transitar hasta que finalmente se pueda reputar como válida y vigente en términos definitivos, y las vicisitudes en cada uno de ellos.

En efecto, los autores nos hacen partícipes de un paseo intelectual con fundadas opiniones sobre (i) la conveniencia de haber reglamentado con una norma de rango legal ciertos aspectos del trámite,

4. *Ibidem*, pág. 211.

en una suerte de autorrenunciamiento individual de las Cámaras, (ii) la problemática de los denominados “multidecretos”, (iii) qué ocurre con el control de la CBP o las Cámaras para el caso de un decreto no sometido al trámite de la ley 26.122, (iv) la errática terminología para referirse al modo en que se instrumenta el control mediante dictámenes o despachos, (v) el alcance del control que realiza la CBP y (vi) la competencia de la CBP una vez vencido el plazo en el cual debe expedirse, entre otras cuestiones.

Sobre la base de sólidos principios doctrinarios y un envidiable conocimiento de la práctica constitucional parlamentaria en la materia, el libro deja traslucir el extensivo y actual problema del Poder Legislativo: encontrar la combinación perfecta entre la eficiencia en el funcionamiento y la representación proporcional política.

A poco que se avance en el estudio de la obra no podrá dejar de coincidirse en que un párrafo aparte merece la cuestión del alcance del control de las Cámaras. Es inevitable el debate sobre si el control de ellas es un control formal, limitado a la verificación de los recaudos constitucionales, si se puede ampliar a la oportunidad, mérito y conveniencia de la norma, y si abarca el control de constitucionalidad sustantivos sobre el contenido del decreto respectivo.

En este punto, se destaca la honestidad intelectual de SANTIAGO, VERAMENDI y CASTRO VIDELA, quienes dan cuenta de haber reexaminado la posición expresada en publicaciones anteriores. Dejan de lado un criterio de “corrección formal” y reconocen que no existen limitaciones de orden constitucional o legal que impidan que las Cámaras del Congreso también lleven adelante un control de oportunidad, mérito o conveniencia en relación con las tres (3) categorías de decretos sometidos al control legislativo.

Ello, según se concluye, haciendo gala de una disección quirúrgica entre lo jurídico y lo político, “... *más allá de la funcionalidad que esa práctica pueda tener en la relación entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo*”<sup>5</sup>.

Para completar el punto de la extensión del control de las Cámaras, el análisis culmina con criterios fundados sobre si las Cámaras

5. *Ibidem*, pág. 144.

deben seguir el criterio de la CBP cuando la norma no cumple con los requisitos constitucionales del instrumento que se trate; o si deben realizar un análisis de constitucionalidad material de la norma sobre posibles violaciones a los derechos o garantías constitucionales.

El recorrido conceptual continúa con el análisis del modo en que cada una de las Cámaras se expide. Afirman los autores que la modalidad de resoluciones independientes, prevista para cada una de ellas por la ley 26.122, es un aspecto positivo porque exorbita la resolución del radar del veto del Poder Ejecutivo y permite un tratamiento simultáneo de la norma emitida por el Poder Ejecutivo.

Parece imposible no coincidir con tal apreciación. Y cierto es que la cuestión desemboca directamente en el derecho parlamentario, y a su faz reglamentaria, procesal o adjetiva, que estudia los reglamentos de las Cámaras del Congreso, las normas, costumbres, prácticas y tradiciones que rigen su funcionamiento. En este aspecto, *El control del Congreso...* contribuye a brindar sol a esta parte del derecho parlamentario, tal como fuera solicitado por Carlos María Bidegain<sup>6</sup>.

Desde ya, y por sus efectos sobre los derechos y obligaciones de los afectados por las normas sometidas al control del Congreso, la cuestión de la vigencia y validez de las normas sometidas al régimen de control de la ley 26.122 tampoco escapa al ojo de los autores. Los arts. 17 y 24 de dicha ley nada prevén sobre los posibles escenarios una vez iniciado el régimen de control: (i) que las Cámaras no se pronuncien sobre la norma; o (ii) que una de ellas rechace el decreto.

Aunque ya indicado al momento de dar cuenta del rol de las Cámaras, una vez más con datos contundentes sobre la efectiva práctica constitucional, SANTIAGO, VERAMENDI y CASTRO VIDELA concluyen que se trata del núcleo central de déficit jurídico del régimen de control de la ley 26.122. Si bien no hay nada nuevo, la obra ha puesto en negro sobre blanco la certeza del funcionamiento del régimen: que el art. 82 de la Constitución Nacional y el texto de la propia ley han sido interpretados según la conveniencia política del momento.

6. Cfr. "El Derecho Parlamentario Argentino", en *Anticipo de Anales* (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires), Año XLIV, Segunda Época - Número 37.

La positiva valoración de los autores respecto del régimen de control sobre los DD y los DPPL contrasta con el sistema instaurado para los DNU. *El control del Congreso...* es la comprobación efectiva de un erróneo diseño institucional del art. 99.3 de la Constitución Nacional para los DNU, al delegar en el Poder Legislativo la regulación de su propia intervención, mediante una “*decisión desacertada*” del constituyente de 1994 sin mayores precisiones adicionales<sup>7</sup>.

Para los DNU, el sistema diseñado echa por la borda el principio general de prohibición, profundizando –tal como señalan los autores– el desequilibrio de fuerzas entre ambos poderes y transformando un acto complejo, que requiere la intervención del Poder Legislativo para su validez, en un acto simple del Poder Ejecutivo.

El efecto sistémico es devastador. Así es constatado por SANTIAGO, VERAMENDI y CASTRO VIDELA en la obra: el régimen sorteja la doctrina de la división de poderes y la corrección funcional que informa todo el texto constitucional, particularmente presentes en los arts. 1, 29, 76 y 99.3.

Si de datos respaldatorios se trata, y como una invitación a leer el resultado de un trabajo ciclópeo, bastará con adelantar:

- Que la CBP tiene una tasa de pronunciamiento del 94 % del total de los DNU, DD y DPPL que fueron dictados por el Poder Ejecutivo<sup>8</sup>.
- Ningún decreto se vio privado de validez en los términos del art. 24 de la ley 26.122<sup>9</sup>.
- Del total de los decretos dictados desde la entrada en vigencia de la ley 26.122, con dictamen de la Comisión, el 82,3 % no fue tratado por ambas Cámaras del Congreso<sup>10</sup>.
- El “inmediato y expreso” tratamiento una vez remitido el dictamen de la CBP y la emisión de resoluciones de validez significa una duración promedio de 9 meses<sup>11</sup>.

7. *El control del Congreso...*; pág. 155.

8. *Ibíd.*, pág. 231.

9. *Ibíd.*, pág. 251.

10. *Ibíd.*, pág. 265.

11. *Ibíd.*, pág. 157.

Por último, entre los aspectos sustanciales estudiados, me interesa hacer notar al lector que en *El control del Congreso...* encontrará reflexiones sobre los efectos que el régimen de control legislativo tiene respecto del control judicial de las normas que han seguido el *iter* de la ley 26.122.

Así, los autores ponderan la intensidad que el control judicial debe tener si ya hubo control y aprobación del congreso, y si aquel debe limitarse a la violación de los requisitos constitucionales básicos. Y, en lo que se refiere a los DNU específicamente, si el juicio sobre la validez y vigencia realizado por el Poder Legislativo merece la deferencia del Poder Judicial.

Sin dudas, el último término de la ecuación sistémica que el derecho constitucional moderno debe resolver.

En síntesis, *El control del Congreso...* es una obra de singular importancia para revisar hoy los medios constitucionales de cada uno de los poderes en la distribución del poder. Con certeza resultará una fuente de consulta ineludible para rediseñar el sistema de control legislativo de la actividad normativa de carácter legislativo del Poder Ejecutivo.

Solo así se podrá estructurar un gobierno en el que las relaciones entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo no subviertan los principios fundamentales de una constitución libre, que se configura, como bien señalaba James Madison, cuando "... *el poder de un departamento es ejercido por quienes poseen todo el poder de otro departamento*"<sup>12</sup>.

A partir de un conocimiento profundo del sistema jurídico, y una sistematización de datos encomiable, SANTIAGO, VERAMENDI y CASTRO VIDELA ofrecen el punto de partida ideal para cualquiera que desee llevar a cabo reformas estructurales en la Argentina del futuro, no solo sobre sueños o ideas románticas, sino con base en la cruda realidad de nuestra práctica constitucional.

12. Cfr. N° XLVII, *El Federalista* (2001): 2ª edición, FCE, México, pág. 206.



**CRÓNICA DEL CONCURSO MONOGRÁFICO  
POR LOS 25 AÑOS DE LA REFORMA  
CONSTITUCIONAL ORGANIZADO  
POR EL HONORABLE SENADO DE LA NACIÓN**  
**CHRONICLE OF THE COMPETITION ORGANIZED  
BY THE HONORABLE SENATE OF THE NATION TO HONOR  
THE 25 YEARS OF THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT**

DALMACIO MERA<sup>1</sup>

**RESUMEN**

El concurso monográfico organizado por el Senado de la Nación fue una instancia valiosa en la que todos sus participantes aportaron su visión en el marco del debate para el fortalecimiento del sistema constitucional argentino.

**PALABRAS CLAVE**

Reforma Constitucional - Concurso - Academia - Senado - Constitución Nacional

1. Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Honorable Senado de la Nación. Senador Nacional por la Provincia de Catamarca; presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Honorable Senado de la Nación. Abogado (Universidad Nacional de Buenos Aires); diplomado en Derecho Constitucional Profundizado (Universidad Austral, 2018). Correo electrónico: [dalmacio.mera@senado.gob.ar](mailto:dalmacio.mera@senado.gob.ar).

**ABSTRACT**

The paper competition, organized by the National Senate, was a valuable instance in which everyone of its participants contributed to strengthening the Argentine constitutional system.

**KEY WORDS**

Constitutional amendment - Competition - Academy – Senate - Constitution

*“Obedeced, señores, sin sumisión no hay ley; sin leyes no hay patria, no hay verdadera libertad; existen sólo pasiones, desorden, anarquía, disolución, guerra y males de que Dios libre eternamente a la República Argentina”<sup>2</sup>*

La reforma constitucional de 1994 fue la de mayor consenso y legitimidad democrática de la historia argentina, en la que confluyeron distintas ideologías representadas en los constituyentes. Se lograron articular acuerdos básicos marcando una época de nuevos paradigmas, los cuales se encuentran plasmados en nuestro texto constitucional vigente.

Sin duda, el espíritu constituyente procuraba resolver, con un nuevo diseño constitucional, algunos fracasos y horrores del pasado, asumiendo también los desafíos del futuro con la incorporación de nuevos derechos y garantías. Había que cerrar el capítulo trágico de los gobiernos *de facto*, consolidar el sistema democrático y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos como instrumentos para construir una sociedad libre y con igualdad de oportunidades.

Evidentemente, a 25 años de aquel importante encuentro de todos los argentinos, el espíritu constituyente no se ha podido concretar en plenitud. Ante esa realidad, desde la Comisión de Asuntos

2. FRAY MAMERTO ESQUITÚ, en el sermón del 9 de julio de 1953 en la Iglesia Matriz de Catamarca.

Constitucionales del Senado de la Nación impulsamos un concurso monográfico pensado para que alumnos avanzados de la carrera de derecho de las facultades de todo el país plantearan su mirada crítica sobre el funcionamiento de los institutos propuestos e incorporados en la última reforma constitucional.

El concurso contó con varias etapas y dos evaluaciones. Primero tomamos contacto con las distintas facultades, fuimos a visitarlas e interactuamos directamente con los alumnos y sus profesores. Compartimos con ellos la voluntad y el interés de los senadores de abrir las puertas del Senado de la Nación para escucharlos y conocer su mirada.

Durante varios meses los alumnos trabajaron e investigaron el tema elegido y prepararon sus monografías<sup>3</sup>. Los trabajos fueron sometidos a una primera evaluación, a cargo de un jurado elegido por cada facultad, quien seleccionó las mejores monografías por cada tópico.

Estas fueron remitidas a la Comisión de Asuntos Constitucionales del Honorable Senado de la Nación, instancia en la cual comenzó la evaluación final. Para ello, contamos con la participación de importantes constitucionalistas argentinos, de distintas universidades, que –según su especialidad y con gran generosidad– seleccionaron a los ganadores<sup>4</sup>.

El jurado designó un trabajo ganador por cada eje temático, junto con un segundo y tercer puesto en cada uno, basándose en la origi-

3. Los temas eran: 1) medio ambiente; 2) tratados con jerarquía constitucional, constitucionalidad y convencionalidad; 3) coparticipación federal de impuestos; 4) jefatura de Gabinete de Ministros; 5) Defensor del Pueblo; 6) federalismo y regiones; 7) Consejo de la Magistratura; 8) Ministerio Público; y 9) decretos de necesidad y urgencia / delegación legislativa; 10) La organización y funciones del Poder Legislativo y su relación con los otros poderes. Una mirada prospectiva hacia el tricentenario.

4. Los miembros del jurado fueron: Marcelo López Alfonsín, Fabián Canda, Marcela Basterra, María Gabriela Ábalos, Alejandro Pérez Hualde, Mirian Ivanega, Santiago Castro Videla, Alfonso Santiago (h.), Estela Sacristán, María Paula Rennella, Pablo Gutiérrez y Patricio Sammartino.

alidad del trabajo, el enfoque novedoso del tema tratado y el aporte personal<sup>5</sup>.

El 20 de noviembre de 2019, en un acto público celebrado en el Salón Eva Perón del Honorable Senado de la Nación, nos encontramos autoridades universitarias, profesores, alumnos, familiares y senadores para reconocer la tarea realizada.

Los diez mejores trabajos monográficos serán publicados en una edición especial, a cargo del Senado de la Nación, en un libro en el que también escribirán reconocidos constitucionalistas de nuestro país. Los resultados del concurso serán publicados en la página web de la Cámara Alta.

A lo largo de este cuarto de siglo abundaron los estudios sobre la reforma de 1994. Empero, la mirada “joven” sobre el tema era un asunto pendiente e impostergable. Los análisis de los estudiantes trajeron una visión renovada y diferente de lo ya conocido. Fue notable el alto grado de compromiso de las decenas de alumnos que se involucraron en la investigación propuesta, así como la seriedad y cons-

5. Merece la pena mencionar el nombre de los verdaderos protagonistas: los alumnos que recibieron una mención por sus trabajos. En el eje “medio ambiente” ganaron: 1º) María Agustina Méndez Díaz (USAL), 2º) Agustín Dasso (UCA), 3º) Edgardo Andrés Vulcano (Universidad Atlántida Argentina). En “Tratados con jerarquía constitucional. Constitucionalidad y convencionalidad”: 1º) Camila Brugnoni (UCA), 2º) Vanina Luciana Domizzi (Universidad Torcuato Di Tella), y 3º) Natalia Assalone (UCA). En “coparticipación federal de impuestos”: 1º) Mariana Becerra (Universidad del Centro de la Pcia. Bs. As.), 2º) Susana Olga López (USAL), 3º) Lucía Traverso (UCA). En “Jefatura de Gabinete de Ministros”: 1º) Sebastián Nicolás Pérez Trench (UCA), y 2º) María Victoria Agoglia (Universidad de San Isidro). En “Defensor del Pueblo”: 1º) Ramiro Nicolás Tilca Geréz (Universidad Católica de Cuyo) y Camila Di Giovanni (Universidad Nacional de Catamarca). En “federalismo y regiones”: 1º) Leandro López (Universidad Nacional de Lomas de Zamora), 2º) Hernán Hugo Cabrera Zavala (UCA), y 3º) Abigail Echeverría (Universidad Católica de Salta). En “Consejo de la Magistratura”: 1º) Tomás Lamber (UCA) y 2º) Joaquín López Matheu (UCA). En “Ministerio Público”: 1º) Matías Jesús Ríos (Universidad del Siglo XXI), 2º) Agustina Martilwanowsky (Universidad Nacional de Catamarca) y 3º) Franco Mangione (UCA). En “decretos de necesidad y urgencia / delegación legislativa”: 1º) Nahuel Alberto Martín (USAL) y 2º) Mariano Mladin (Universidad del Siglo XXI). En “La organización y funciones del Poder Legislativo y su relación con los otros poderes. Una mirada prospectiva hacia el tricentenario”: 1º) Clara Giustinian (UCA).

tancia con las que las facultades, a través de sus docentes, acompañaron a los participantes para que pudieran culminar sus monografías.

Fue una gran oportunidad para que los jóvenes conociesen en mayor profundidad y reflexionasen, desde la academia, sobre la eficacia de nuestras instituciones y sobre la importancia de la Constitución Nacional, y para que propusiesen soluciones a problemas jurídicos relacionados con ella. También implicó, para muchos, los primeros pasos en el mundo académico, lo cual les provee un gran impulso para la carrera en la que se han encaminado.

Estamos convencidos de que esta clase de actividades, en las que imperan el esfuerzo, el sacrificio, el debate y la reflexión, fortalecen el sistema democrático, representativo, republicano y federal, que tanto costó conseguir, y que debemos enriquecer.

Pero, además, el concurso tuvo por fin generar conciencia del valor de las instituciones. Es desde esa perspectiva que deben proponerse los cambios. Siempre se puede y es bueno mejorar.

Son los jóvenes de hoy quienes tendrán a su cargo el deber de preservar, respetar y concretar la vigencia de las instituciones republicanas. Después de todo, la Constitución Nacional ha sido pensada *“para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”*<sup>6</sup>.

6. Del Preámbulo de la Constitución Nacional.



**LA CONFIRMACIÓN EN UN FALLO DE  
UN PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE NUESTRO  
SISTEMA JURÍDICO: Partido Justicialista  
orden nacional y otros c/Poder Ejecutivo  
Nacional – Estado Nacional s/amparo  
–Fallo completo con comentario**

**RULING CONFIRMS A FUNDAMENTAL PRINCIPLE  
IN OUR LEGAL SYSTEM: Partido Justicialista orden  
nacional y otros c/Poder Ejecutivo Nacional –  
Estado Nacional s/amparo- Complete ruling and a comment**

ALFONSO SANTIAGO (H)<sup>1</sup>

1. Doctor de Derecho y Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Director de la Escuela de Política, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Austral. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Conjuuez de la Cámara Contencioso-Administrativo y Tributaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales Buenos Aires y Presidente de su Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana”. Miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, de la Academia Paulista de Letras Jurídicas, San Pablo, Brasil, y miembro de honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, España. Es autor de numerosos libros y artículos de doctrina. Integra el Consejo Académico de FORUM. Correo electrónico: asantiago@austral.edu.ar.

## RESUMEN

*El fallo Partido Justicialista orden nacional y otros c/Poder Ejecutivo Nacional – Estado Nacional s/amparo, de la Cámara Nacional Electoral (2019), confirma el principio esbozado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (2017).*

## PALABRAS CLAVE

Constitución Nacional - Tratados Internacionales - Supremacía constitucional

## ABSTRACT

The decision *Partido Justicialista orden nacional y otros c/Poder Ejecutivo Nacional – Estado Nacional s/amparo* (2019), issued by the Cámara Nacional Electoral confirms the principle outlined by the Supreme Court of Justice of the Nation in *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto* (2017).

## Key Words

National Constitution - International Treaties- Constitutional supremacy

Al resolver recientemente, la causa *Partido Justicialista orden nacional y otros c/Poder Ejecutivo Nacional – Estado Nacional s/amparo – solicita acción de inconstitucionalidad*,<sup>2</sup> la Cámara Nacional Electoral (CNE) ha vuelto a reafirmar, en sintonía con el pronunciamiento de la Corte

2. *Partido Justicialista orden nacional y otros c/Poder Ejecutivo Nacional – Estado Nacional s/amparo – solicita acción de inconstitucionalidad*; Cámara Nacional Electoral, Expte. N° CNE 3059/2019/CA1, sentencia del 22 de octubre de 2019.

Suprema en el caso *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto* (2017)<sup>3</sup>, la supremacía de la Constitución Nacional sobre todas las clases de Tratados Internacionales, incluso aquellos a los que el Constituyente de 1994 le ha otorgado jerarquía constitucional.

En efecto, afirma el considerando 3° de la sentencia de la CNE:

“Corresponde señalar que el orden jerárquico normativo establecido en el artículo 31 antes citado se complementa y se refuerza con los artículos 27, 28 y 99, inciso 2° en tanto se refieren, respectivamente, a los tratados internacionales, a las leyes y a los decretos, de modo tal que todo el ordenamiento jurídico aplicable dentro de la República debe adecuarse al orden jurídico interno que surge de la Constitución Nacional.

En tal sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recordando el papel central que en materia de tratados internacionales tiene el artículo 27 cuando establece que los mismos deben estar conformes al derecho público interno. Así, el Alto Tribunal expresamente ha dicho que “[e]l constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos 316:1669; entre otros)” (cf. Fallo CSJN, 368/1998(34-M)/CS1 *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 14 de febrero de 2017).

En efecto, el mentado artículo, ubicado en la primera parte del texto constitucional mantiene su plena vigencia para todas las categorías de tratados internacionales que estableció la reforma constitucional de 1994. Tanto cuando se refiere entre las competencias del Congreso enumeradas en el artículo 75, a la facultad de aprobar tratados y concordatos –que tienen jerarquía superior a las leyes–, como a la incorporación de una lista de declaraciones y tratados de dere-

3. *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, CSJN, M. 368. XXXIV. REX14/02/2017; Fallos: 340:47.

chos humanos que ‘en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de [la] [...] Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos’ (cf. inciso 22); así como los tratados de integración con países de América Latina que deleguen competencias y jurisdicción en organismos supraestatales, y los tratados de integración con países de otras regiones a los que se les exige un doble tratamiento legislativo (inciso 24); como los convenios internacionales que pueden firmar las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, de conformidad con el régimen que se establezca a tal efecto (art. 124).

Asimismo, no es ocioso señalar que el principio de supremacía constitucional es aplicable a los acuerdos ejecutivos, las notas reversales y las “otras negociaciones” que realiza el Poder Ejecutivo en el marco del propio texto del artículo 99, inciso 11 de la Constitución Nacional que establece ‘[e]l Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones [...] [c]oncluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras’.

## JURISPRUDENCIA CITADA

*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CSJN, M. 368. XXXIV. REX14/02/2017; Fallos: 340:47.*

## FALLO COMPLETO

*Partido Justicialista orden nacional y otros c/Poder Ejecutivo Nacional – Estado Nacional s/amparo – solicita acción de inconstitucionalidad (Cámara Nacional Electoral, Expte. N° CNE 3059/2019/CA1, sentencia del 22 de octubre de 2019). CAPITAL FEDERAL, Buenos Aires, 22 de octubre de 2019.-*

Y VISTOS: Los autos “Partido Justicialista orden nacional y otros c/Poder Ejecutivo Nacional –Estado Nacional s/amparo – solicita acción de inconstitucionalidad” (Expte. N° CNE 3059/2019/CA1), venidos del juzgado federal con competencia electoral de Capital Federal en virtud del recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 149/153 vta. contra la resolución de fs. 138/148, obrando su contestación a fs. 169/187, el dictamen del señor fiscal actuante en la instancia a fs. 193/196, y

CONSIDERANDO:

1º) Que contra la decisión de la señora juez federal de primera instancia que resuelve –en cuanto aquí interesa– “[n]o hacer lugar a la[] acci[ón] interpuesta[] a fs. 3/11 [vta.], [...] [y] exhortar al Poder Ejecutivo Nacional a que dé cumplimiento con el trámite legislativo previsto en relación al Protocolo Adicional suscripto” (cf. fs. 147 vta./148), Jorge Landau, Patricia Alejandra García Blanco y Eduardo G. A. López Wesselhoefft –apoderados del Partido Justicialista, orden nacional– apelan y expresan agravios a fs. 149/153 vta.-

Manifiestan que la señora magistrado incurre en una contradicción ya que “[p]or un lado, no hace lugar a la acción intentada, basada principalmente en el incumplimiento de las normas legales como es la falta de ratificación de la Declaración Conjunta concerniente al funcionamiento del [...] Parlamento del Mercosur, y por otro lado exhorta al Poder Ejecutivo a dar cumplimiento con el trámite legislativo previsto en relación a la misma Declaración Conjunta” (cf. fs. 149).-

Asimismo, afirman que “[e]l caso no versa sobre leyes en sí, sino sobre una declaración conjunta de los cancilleres de los estados que conforman el Mercosur, modificando el Protocolo Constitutivo del Parlasur que se encuentra ratificado por ley 26.146, cercenando facultades que éste otorga, exorbitando las atribuciones del Poder Ejecutivo que avanza sobre el legislativo sin ningún tapujo suspendiendo de hecho la vigencia de la ley 27.120 que regula la elección de los parlamentarios del Mercosur” (cf. fs. 149 vta.).-

Entienden, que “[l]a suspensión de la elección directa de los parlamentarios afecta el derecho intrínseco del partido que represent[an] de postular candidatos a cargos electivos establecido en el artículo 38 de la Constitución Nacional, al igual que el derecho de los afiliados que representa[n] a elegir y ser elegidos a las mismas categorías de candidatos” (cf. fs. cit.).-

Expresan que *“la falta de convocatoria [se funda] en una Declaración Conjunta de cancilleres que no puede ser aplicada internamente sin ratificación legislativa (art. 75 inc. 22 CN)”* (cf. fs. 150).-

Sostienen que *“[l]a Declaración Conjunta pretende fundar su legitimidad en el [a]rtículo 57 inc. B de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, contraviniendo que la propia Convención en su artículo 46 1 in fine establece que la nulidad de un tratado puede invocarse cuando la violación de una disposición de derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados sea manifiesta y afecte a una norma fundamental de su derecho interno. Este es el caso [...] por cuanto [se] viola manifiestamente una norma fundamental de la Nación, el Código Electoral Nacional en lo relativo a la elección de Parlamentarios de Mercosur y la ley 27.120 en cuanto a la fecha de elección de dichos parlamentarios”* (cf. fs. 150).-

Agregan que *“en la misma fecha, los cancilleres firmaron un Protocolo modificador del Protocolo constitutivo del Parlamento del Mercosur, de similar tenor que la Declaración Conjunta, que hubiera sido el instrumento idóneo para suspender la elección directa de los parlamentarios, siempre y cuando hubiera sido ratificado por los parlamentos de los países miembros. Para evitar el procedimiento constitucional necesario para ratificar los tratados, han pretendido mediante una Declaración Conjunta imponer una norma que avale la no convocatoria”* (cf. fs. 150 vta.).-

Alegan que con ello se ha vulnerado *“palmariamente los incisos 22 y 24 del artículo 75 de la Constitución Nacional [...] [y] la división de poderes de la Nación Argentina ya que a través de un acto de un delegado del poder ejecutivo, cual es un canciller, se suspende la aplicación de normas de un tratado internacional, el Protocolo constitutivo del Parlamento del Mercosur que es un tratado ratificado por el estado argentino por ley 27.120”* (cf. fs. cit.).-

Finalmente, concluyen que *“la omisión en el decreto 343/2019 [...] [en cuanto a la convocatoria a elecciones de Parlamentarios del MERCOSUR], no posee causa legítima, carece de motivación valedera y conlleva una finalidad espuria, como es impedir la participación de los partidos políticos, sus afiliados y el resto de los ciudadanos en la elección directa de los precandidatos y candidatos a parlamentarios del Mercosur establecida en la ley 26.571, en el Código Nacional Electoral y en la ley 27.120. Afecta entonces sus derechos políticos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, que forma parte de nuestro plexo*

constitucional (Artículo 75 inc. 22 CN), ya que se les impide ser elegidos en una de las categorías de precandidatos y candidatos que establecen nuestras normas electorales” (cf. fs. 151 vta./152).-

A fs. 169/187 Melisa C. Derose y Axel Monsech Páez, en representación del Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros), contestan los agravios.-

Manifiestan que “[e]l Decreto N° 343/2019 no legisló en materia electoral al omitir la convocatoria de elecciones de los Parlamentarios del Mercosur, sino que cumplió un compromiso internacional por el cual se suspendió la cláusula del Protocolo Constitutivo referente a las elecciones directas” (cf. fs. 171).-

Sostienen que “[l]a Declaración Conjunta firmada por todos los Estados Parte, constituye un acto jurídico legítimo conforme a los arts. 18 y 57 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y art. 99 inc. 11 de la Constitución Nacional” (cf. fs. cit.).-

Afirman que “la actora tuvo una errónea lectura del fallo que cuestiona, pues en la parte dispositiva la magistrado interviniente no ofreció dudas, rechazó las acciones interpuestas y exhortó al Poder Ejecutivo Nacional a cumplir con el trámite legislativo en relación al Protocolo Adicional, lo cual corresponde. Pero en ninguna parte de su sentencia mencionó que se deba cumplir con el trámite legislativo para la Declaración Conjunta” (cf. fs. 172 vta.).-

Aseveran, asimismo, que “la Declaración Conjunta [...] no constituye un tratado internacional, sino que consiste en un acto ad hoc por el cual las Partes manifestaron en conjunto la voluntad de suspender parcialmente el Protocolo Constitutivo” (cf. fs. 174).-

Alegan que “[e]n cuanto a su legitimidad cabe señalar que [...] la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contempla, en su artículo 57, inciso b), la posibilidad de suspensión total o parcial de un acuerdo internacional por voluntad de todos los Estados Partes del tratado [...], y en tal sentido [...] no establece plazos ni exige trámite adicional alguno para que la suspensión surta efectos más allá de la concurrencia de la voluntad de las Partes” (cf. fs. 174/vta.).-

Entienden que “en el derecho constitucional argentino tanto la denuncia como la suspensión de un tratado, al igual que lo que ocurre en el caso de los Estados Unidos, importa una facultad privativa del Poder Ejecutivo Nacional que se ejercita como una facultad discrecional de dicho Po-

der en el manejo de las relaciones exteriores, sujeta únicamente a razones de oportunidad, mérito y conveniencia” (cf. fs. 175 vta.)-.

Expresan que “[e]l Estado Nacional no transgredió las normas convencionales y constitucionales, en tanto el Protocolo Adicional se encuentra transitando las etapas correspondientes a la celebración de Tratados” (cf. fs. 180).-.

Por último, afirman que “[e]n el caso surge evidente, que ‘la Declaración Conjunta Relativa al Funcionamiento del Parlamento del Mercosur’ constituye un acto internacional suscripto por los Estados Partes del Mercosur [...] un acto de política exterior que, como tal, reviste la calidad de cuestión no justiciable” (cf. fs. 185).-.

A fs. 193/196 emite dictamen el señor fiscal actuante en la instancia quien remite a su dictamen de fs. 13/15 [vta.] donde considera que “corresponde que el P[oder] E[jecutivo] N[acional] incorpore la convocatoria omitida de la categoría, en tanto y en cuanto la ley 27.120 permanezca vigente ‘iuris et de iure’” (cf. fs. 15 vta.)-.

2º) Que, ante todo cabe destacar que, el adecuado tratamiento del caso –en la medida en que se cuestiona la Declaración Conjunta que el Poder Ejecutivo utilizó como fundamento del decreto 343/19, a través del cual no realizó la convocatoria a elecciones de los Parlamentarios del Mercosur– aconseja recordar la naturaleza de los derechos en juego, y armonizar los preceptos de nuestro ordenamiento constitucional y los principios que aquí se encuentran involucrados.-

En ese orden de ideas, deben ser considerados, primordialmente, el principio de supremacía constitucional (artículo 31 de la Constitución Nacional) y el de representación basado en la soberanía popular y la forma republicana de gobierno (arts. 1, 22 y 33 de la Constitución).-.

3º) Que, en cuanto al primer aspecto corresponde señalar que el orden jerárquico normativo establecido en el artículo 31 antes citado se complementa y se refuerza con los artículos 27, 28 y 99, inciso 2º en tanto se refieren, respectivamente, a los tratados internacionales, a las leyes y a los decretos, de modo tal que todo el ordenamiento jurídico aplicable dentro de la República debe adecuarse al orden jurídico interno que surge de la Constitución Nacional.-.

En tal sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recordando el papel central que en materia de tratados internacionales tiene el artículo 27 cuando establece que los mismos de-

ben estar conformes al derecho público interno. Así, el Alto Tribunal expresamente ha dicho que “[e]l constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos 316:1669; entre otros)” (cf. Fallo CSJN, 368/1998 (34-M)/CS1 Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 14 de febrero de 2017).-

En efecto, el mentado artículo, ubicado en la primera parte del texto constitucional mantiene su plena vigencia para todas las categorías de tratados internacionales que estableció la reforma constitucional de 1994. Tanto cuando se refiere entre las competencias del Congreso enumeradas en el artículo 75, a la facultad de aprobar tratados y concordatos –que tienen jerarquía superior a las leyes–, como a la incorporación de una lista de declaraciones y tratados de derechos humanos que “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de [la] [...] Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (cf. inciso 22); así como los tratados de integración con países de América Latina que deleguen competencias y jurisdicción en organismos supraestatales, y los tratados de integración con países de otras regiones a los que se les exige un doble tratamiento legislativo (inciso 24); como los convenios internacionales que pueden firmar las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, de conformidad con el régimen que se establezca a tal efecto (art. 124).-

Asimismo, no es ocioso señalar que el principio de supremacía constitucional es aplicable a los acuerdos ejecutivos, las notas reversales y las “otras negociaciones” que realiza el Poder Ejecutivo en el marco del propio texto del artículo 99, inciso 11 de la Constitución Nacional que establece “[e]l Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones [...] [c]oncluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras”.-

De lo expuesto resulta que el Presidente de la Nación tiene el manejo de las relaciones exteriores, pero esta facultad no significa que actué por sí solo, sino que tales actos deben enmarcarse dentro de la

misma Constitución, respetando las competencias del Congreso establecidas en el artículo 75 incisos 22 y 24.-

En tal sentido, es reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando señala que las normas constitucionales no deben ser puestas en pugna entre sí, sino que, por el contrario, deben armonizarse de manera que todas guarden igual valor y efecto (cf. Fallos 263:63; 289:185, entre otros). Así entendida esta doctrina es la que resulta de aplicar los principios de supremacía y de unidad.-

4º) Que, sentado ello, corresponde ahora señalar que el “Tratado de Asunción” firmado por la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay y aprobado por ley 23.981, constituyó el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).-

Este último es un proceso de integración regional que tiene por objeto la armonización de las respectivas legislaciones de los Estados Partes para lograr los propósitos allí establecidos, como por ejemplo “*[l]a libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente; [e]l establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común*” (cf. artículo 1º), entre otros.-

5º) Que el Tratado de Asunción, es el tratado original al que le siguieron distintos protocolos ampliatorios y complementarios entre los que corresponde destacar el Protocolo de Ouro Preto –aprobado por ley 24.560–, a través del cual se creó la estructura institucional del Mercosur.-

Así, estableció como órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental, al Consejo del Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC) y la Comisión del Comercio del Mercosur (CCM) (cf. artículo 2º).-

Posteriormente, el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur –firmado en la Ciudad de Montevideo el 9 de diciembre de 2005, encontrándose en vigor desde el 24 de febrero de 2007, habiendo sido aprobado por el Congreso Nacional de nuestro país por ley 26.146 del 27 de septiembre de 2006 y ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 11 de diciembre de 2006– sustituyó a la Comisión

Parlamentaria Conjunta establecida por el Protocolo de Ouro Preto y constituyó el Parlamento del Mercosur (cf. artículo 1°).-

6°) Que, en este orden de consideraciones, debe señalarse que el Parlamento del Mercosur (Parlasur) es un órgano de representación que integra la estructura institucional del Mercosur, entre cuyos propósitos se encuentra *“representar a los pueblos del MERCOSUR, respetando su pluralidad ideológica y política”* (cf. artículo 2° del Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur).-

Al respecto, el Protocolo Constitutivo antes citado dispuso que el parlamento *“estará integrado por representantes electos por sufragio universal, directo y secreto, de acuerdo con la legislación interna de cada Estado Parte y las disposiciones del presente Protocolo”* (cf. artículo 1°, tercer párrafo) y que para la elección de los parlamentarios, *“[a] propuesta del Parlamento, el Consejo del Mercado Común establecerá el ‘Día del MERCOSUR Ciudadano’, para [...] [su realización] de forma simultánea en todos los Estados Partes”* (cf. artículo 6°).-

En este aspecto, debe destacarse que en la disposición transitoria tercera estableció que *“[a] los efectos de poner en práctica la elección directa de los Parlamentarios, [...] los Estados Partes [...] deberán efectuar elecciones por sufragio directo, universal y secreto de Parlamentarios, cuya realización se hará de acuerdo a la agenda electoral nacional de cada Estado Parte”* (cf. segundo párrafo).-

Por último, el reglamento interno –aprobado por disposición N° 06/2007 y modif.– dispone, en concordancia con el artículo 10 del Protocolo Constitutivo que *“el mandato común de los Parlamentarios y Parlamentarias es de 4 (cuatro) años, contados a partir de la asunción efectiva del cargo y podrán ser reelectos”* (cf. art. 12); previendo a su vez que aquéllos *“permanecerán en funciones hasta la apertura de la primera sesión del Parlamento del siguiente período parlamentario de las elecciones en las que resulten electos sus reemplazantes”* (cf. art. 12.1).-

7°) Que nuestro país incorporó las previsiones internacionales referenciadas al derecho interno a través de la sanción de la ley 27.120. En tal sentido, se modificó el Código Electoral Nacional con el fin de establecer la elección de Parlamentarios del Mercosur.-

Así, el artículo 53 del referido código establece –en lo que aquí interesa– que *“[l]a convocatoria a elección de cargos [...] de parlamentarios del Mercosur será hecha por el Poder Ejecutivo nacional [y que su] [...]”*

*elección [...] se realizará el Día del Mercosur Ciudadano". Asimismo, en relación con este último punto dispuso en la disposición transitoria contenida en el artículo 17 de la ley 27.120 que "[m]ientras no se establezca por los organismos competentes el Día del Mercosur Ciudadano, las elecciones de parlamentarios del Mercosur se realizarán simultáneamente con las elecciones nacionales inmediatas anteriores a la finalización de los mandatos".-*

Dable es señalar que, hasta la fecha, aún no se ha establecido ese día y que solamente dos de los Estados Partes han elegido Parlamentarios del Mercosur por sufragio directo, por una parte, Paraguay a través de las elecciones realizadas a tal efecto en los años 2008, 2013 y 2018, y por el otro, Argentina en las elecciones nacionales del año 2015.-

8º) Que, en el marco antes descripto los Estados Partes del Mercosur acordaron en el mes de abril del corriente año, modificar el Protocolo Constitutivo del Parlasur a través de un "Protocolo Adicional".-

Conforme surge de sus considerandos, el objetivo del referido protocolo ha sido que *"la integración del [Parlasur] [...] con representantes elegidos de forma directa debe guardar simultaneidad entre todos los estados Partes de manera de evitar desequilibrios en la representación ciudadana"* (cf. fs. 2).-

En efecto, el artículo 1º del Protocolo Adicional dispone que *"[h]asta tanto se realice la elección de los Parlamentarios del MERCOSUR de forma simultánea en todos los Estados Partes a través del sufragio directo, universal y secreto de los ciudadanos, el Parlamento [...] funcionará integrado por legisladores de los Parlamentos Nacionales de los Estados Partes"* (cf. fs. cit.).-

A diferencia de otros instrumentos jurídicos suscriptos en el marco del MERCOSUR –que conforman el "derecho derivado"– y que entran en vigor con la ratificación de un número determinado de Estados Partes (en general dos), se dispuso que el Protocolo Adicional al Protocolo Constitutivo del PARLASUR, entrará en vigor pasado los treinta días de la última comunicación del cumplimiento de los requisitos internos de todos los Estados Partes, por tratarse de una cuestión que hace a la misma institucionalidad del MERCOSUR y que requiere, por tanto, de la concurrencia de la voluntad de los Estados del bloque en su totalidad, conforme surge de las reglas de la

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, como así también del Protocolo de Ouro Preto que rige en la faz institucional del MERCOSUR.-

9º) Que, en el caso, mediante el decreto 343/19 el Poder Ejecutivo Nacional convocó a elecciones primarias y generales para las categorías de Presidente y Vicepresidente de la Nación, Senadores y Diputados Nacionales pero no incluyó la categoría de Parlamentarios del Mercosur, la cual surge del artículo 17 de la ley 27.120, así como del artículo 53 del Código Electoral Nacional.-

Para alegar tal omisión, se fundó en la “Declaración Conjunta” suscripta –el mismo día que el Protocolo Adicional, el cual sustancialmente reúne las características de un tratado internacional, siempre que sea aprobado por el Congreso Nacional y ratificado por el Poder Ejecutivo– por el Ministerio de Relaciones Exteriores en el mes de abril del corriente año por la que se decidió suspender la aplicación de diversas disposiciones del Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur en lo que refiere a la elección de Parlamentarios a través de sufragio directo, universal y secreto (cf. fs. 55).-

Obsérvese, en este sentido que se pretende hacer valer una declaración por sobre una ley sancionada por el Congreso de la Nación con mayorías especiales (cf. artículo 77 de la Constitución Nacional), la cual –como se señaló– estableció que hasta tanto sea fijado el día del “MERCOSUR Ciudadano” deberá convocarse a elecciones de Parlamentarios del Mercosur, tanto por distrito nacional como por distrito regional, de manera conjunta a las elecciones nacionales.-

10) Que resulta manifiesto que una declaración como la aquí invocada no es un tratado, ni tampoco un protocolo complementario o modificatorio que integre un tratado, y por lo tanto, es un acto de jerarquía inferior.-

En efecto, los representantes del Poder Ejecutivo –en más de una oportunidad (vgr. cf. fs. 171, fs. 176 vta., fs. 177) – expresamente reconocen que la misma “no constituye un tratado” (cf. fs. cit), “sino que consiste en el acto ad hoc por el cual las Partes manifestaron en conjunto la voluntad de suspender parcialmente el Protocolo Constitutivo” (cf. fs. cit.)-.

11) Que, en virtud de lo manifestado precedentemente, la mencionada Declaración Conjunta es inaplicable en el orden jurídico

interno, como consecuencia de encontrarse plenamente vigente el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur (ley 26.146), así como también la ley 27.120 sancionada el 29 de diciembre de 2014, que a su vez impuso –como se dijo– diversas modificaciones al Código Electoral Nacional y a las leyes 26.571 y 26.215 que también se encuentran vigentes y que solo podrían derogarse o dejarse sin efecto por una reforma legislativa.-

Por ello, toda vez que la declaración conjunta alegada no posee carácter vinculante, no asiste razón a los representantes del Estado Nacional en cuanto sostienen que *“la suspensión comenzó a surtir efecto en el momento de la correspondiente comunicación [de la declaración conjunta] al depositario el 16 de abril del corriente[,] [...] de modo que la consecuencia inmediata de la aplicación de este instituto es la de impedir que el tratado, en [...] algunas de sus disposiciones [...] produzca efectos por un tiempo determinado”* (cf. fs. 175) como así tampoco que *“la convocatoria a elecciones de Parlamentarios del [Mercosur] [...] implicaría la violación del Protocolo Constitutivo en las condiciones de su vigencia”* (cf. fs. 181 vta.).-

12) Que, por otra parte, debe advertirse que –tal como afirman los accionantes a fs. 150– la mencionada declaración conjunta pretende fundarse en lo dispuesto en el artículo 57, inciso “b” de la Convención de Viena con el propósito de no frustrar el objeto y fin del Protocolo Adicional al Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur.-

Ahora bien, en relación al Protocolo Adicional al Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur –como bien señalan los representantes del Estado Nacional– debe *“cumplir[se] con el trámite legislativo [...] pues ello es lo que corresponde constitucionalmente en relación a dicho Tratado”* (cf. fs. 173 vta.) a fin de que resulte aplicable.-

13) Que precisamente la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –aprobada por ley 19.865– establece detalladamente el trámite que deben seguir los tratados internacionales para entrar en vigencia, regulando muy cuidadosamente en su articulado lo referido a la negociación, aprobación, ratificación y canje de los acuerdos; de donde resulta que si la intención del Poder Ejecutivo es evitar frustrar el fin del Protocolo Adicional al Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur suscripto el mes de abril, el mismo debió ser

inmediatamente sometido a su tratamiento por parte del Congreso de la Nación.-

Ello así pues, toda reforma del Protocolo Constitutivo del Mercosur debe contar con el cumplimiento de los requisitos internos de cada uno de los Estados Partes y recién luego de la aprobación y ratificación correspondientes, la reforma podría entrar en vigencia.-

Por lo demás, debe destacarse que el Protocolo Adicional –como se expuso anteriormente– específicamente prevé que el mismo no entrará en vigor hasta tanto no hayan “transcurrido treinta días después de que el último de los Estados Partes haya comunicado el cumplimiento de sus requisitos internos” (cf. artículo 5º).-

14) Que el principio democrático enunciado en el artículo 4º del Tratado de Asunción constituye uno de los principios cardinales de un proceso de integración que no es solamente económico, sino que pretende también conformar una “comunidad de derecho” partiendo de la vigencia del Estado de derecho de los cuatro países firmantes. En ese sentido, es que también se firmó el Protocolo de Buenos Aires afirmativo de tal principio como objetivo irrenunciable de los Estados Miembros.-

Por tal motivo, la voluntad de suspender la elección directa por voto universal y secreto, hasta tanto se determine el “día del Mercosur Ciudadano” por el Consejo del Mercado Común, es una cuestión que por su relevancia debió someterse a consideración del Congreso de la Nación antes de considerarla internalizada y vigente. En lugar de eso, se recurrió a una declaración que se fundaría directamente en un pretendido imperio, sin mayor análisis, del derecho internacional por sobre el derecho interno, argumento que no resulta admisible por todo lo expuesto.-

15) Que, corresponde recordar que es un principio cardinal del Derecho Internacional Público que los tratados deben interpretarse de buena fe y en condiciones de reciprocidad para los estados firmantes.-

De esta manera, no puede dejar de señalarse que se procura soslayar las propias formalidades que, tanto el derecho internacional de los Tratados como el derecho derivado del Mercosur, imponen para pretender dejar sin efecto leyes fundamentales de la República, lo cual resulta ser inaceptable.-

Asimismo, es del caso recordar que la Convención de Viena no tiene categoría de tratado de derecho humano con “jerarquía constitucional” al no encontrarse en la enunciación del inciso 22 del artículo 75 ni tampoco es un tratado de integración regional que merezca especial tratamiento al del régimen constitucional de los tratados de la Constitución Argentina. Es un tratado internacional simple, motivo por el cual –y tanto más al referirse al derecho procesal de los tratados internacionales– está subordinado a la Constitución Nacional y al derecho público interno.-

16) Que, por lo demás, debe señalarse que la decisión no se tomó dentro de la estructura institucional del Mercosur (vgr. Consejo del Mercado Común) lo que hubiera requerido la necesaria “internalización” de tales normas a través de los procedimientos constitucionales de cada país, según las previsiones del Protocolo de Ouro Preto.-

Así, en su artículo 38 establece que “[l]os Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2 de este Protocolo [y que] [l]os Estados Partes informarán a la Secretaría Administrativa del Mercosur, las medidas adoptadas para este fin”.-

A su vez el artículo 42 dispone que “[l]as normas emanadas de los órganos del Mercosur [...], tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país”.-

Si bien el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que los países no podrán alegar razones de derecho interno para incumplir con un tratado internacional, no estamos aquí ante un tratado sino –tal como se expresó– ante una mera declaración que tiene tal jerarquía.-

17) Que, asimismo, cabe recordar que la materia electoral y de partidos políticos tienen un rango especial en nuestro ordenamiento, toda vez que el artículo 77 de la Constitución Nacional configura una zona de reserva legislativa al exigir una mayoría calificada de la mayoría absoluta del total de los miembros de las cámaras para su aprobación, al tiempo que el artículo 99 inc. 3° excluye esas mismas materias, entre otras, de los decretos de necesidad y urgencia.-

Tal jerarquía normativa se fundamenta en que las normas electorales regulan –en lo que aquí interesa– lo referente a la expresión de la voluntad popular a través del sufragio, siendo que en ello reposa la legitimidad de origen, así como el principio de soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno, que son valores cardinales de nuestro ordenamiento.-

Con tal objeto, se le ha encomendado a la Justicia Nacional Electoral la alta misión de asegurar la más genuina expresión de la voluntad popular, impidiendo la presencia de cualquier factor que pudiera interferir en el normal desarrollo de los comicios (cf. Ac. CNE 68/02 y sus citas y Ac. CNE 107/06).-

18) Que, en este sentido, debe señalarse que bajo la forma representativa de gobierno consagrada por los artículos 1º y 22 de la Constitución Nacional, el pueblo es la fuente originaria de la soberanía. La manera de ponerla en ejercicio es la elección de los representantes por el cuerpo electoral sobre la base de la representación libre. De este modo, el sufragio es la base de la organización del poder; y el derecho que tienen los ciudadanos de formar parte del cuerpo electoral y, a través de éste, constituir directa o indirectamente a las autoridades de la Nación (cf. Fallos 168:130; 319:1645, entre otros).-

Una definición mínima de la democracia alude precisamente al *“régimen en el cual los gobernantes son escogidos por los gobernados, por medio de elecciones sinceras y libres”* (cf. Maurice Duverger, *“Los partidos políticos”*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1957, pág. 376).-

De manera que bien puede decirse que las elecciones son la forma a través de la cual el pueblo se expresa como titular de la soberanía y las leyes electorales son las normas arquitectónicas que han sido debatidas en el cuerpo legislativo y cuentan con el consenso necesario para determinar de qué manera y con qué modalidades el cuerpo electoral se expresa.-

En efecto, las elecciones son algo más que una técnica para la designación de las autoridades de la Nación. Éstas adquieren, de este modo, el sentido de una consulta a la opinión y voluntad popular, un medio a través del cual el cuerpo electoral expresa su pensamiento sobre la conducción del Estado (cf. Fayt, Carlos Santiago, *“Sufragio y Representación Política”*, Ed. Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1963, pág.

112), a la vez que tienen por finalidad esencial legitimar y limitar el poder (cf. Mackenzie, W. J. M, "Elecciones libres", Ed. Tecnos S. A., Madrid, 1962, pág. 159).-

Así, los comicios operan como enlace entre la opinión y voluntad de los electores y la futura acción del representante, que en este sentido, pasa a representar la voluntad popular. De modo que los congresos y parlamentos se constituyen en instrumentos de la voluntad popular. Tienen un carácter y una naturaleza dual, siendo por una parte el congreso de los intereses sociales y de los antagonismos políticos, y en este sentido, expresión del poder de representación –del que hoy son elementos esenciales los partidos políticos–, y por otra parte, en cuanto tiene el ejercicio del poder de decisión, la asamblea deliberante de la Nación, cuya voluntad se expresará en forma de ley, y por tanto, síntesis de la voluntad de la Nación (cf. Fayt, Carlos Santiago, ob. cit., pág. 112).-

Mediante el sufragio los electores ejercen influencia sobre la acción política de sus representantes, a quienes eligen de acuerdo a sus opiniones, pero no intervienen en el proceso de formulación de las leyes (cf. ob. cit. pág. 105).-

En tal sentido, se destacó que el voto implica una función *"en cuanto a los efectos que produce el acto electoral una vez realizado, efectos que recoge por su cuenta el Estado y lo reconoce la Constitución"* (cf. Christensen, Roberto, "La soberanía del pueblo y su función electoral", pág. 85, Librería Editorial Ciencias Económicas, Bs. As., 1957). Si bien es cierto que, dada su naturaleza, el pueblo no puede directamente, en la mayoría de los casos, gobernar, en cambio sí puede controlar e intervenir en ciertos actos de gobierno, y en este sentido resulta innegable que uno de los medios más eficaces y conscientes del control y de participación política lo constituye el sufragio electoral (cf. ob. cit., pág. 12). Es indudable que existe una marcada penetración de la voluntad del pueblo en la voluntad de sus representantes (cf. ob. cit. pág. 74).-

En definitiva, *"el pueblo, o el poder que elige o nombra un representante o funcionario, conserva el medio de fiscalizar sus actos y equilibrar su autoridad, primero, por la renovación periódica de las elecciones, y luego por la limitación y variabilidad de los cargos públicos"* (cf. González, J. V., "Manual de la Constitución Argentina", pág. 343, Ed. A. Estrada y Ca., Bs. As., 1897).-

Por tanto, la función que adquiere el sufragio a la luz de lo que anteriormente se señaló halla su quicio en los límites que determinan los artículos 1, 22, 33, 37, 38, 39, 40, 45, 54, 94, 97, 98, 122, 129 de la Constitución Nacional, y las normas que los reglamentan. No hay expresión relevante de la ciudadanía, en términos de la representación política de la Nación, que pueda formularse a extramuros de la ley fundamental (cf. Fallos CNE 2984/01 y 3352/04).-

19) Que, por lo demás, debe señalarse que toda vez que la regulación de las elecciones es –como se dijo– una materia vinculada directamente con la soberanía popular y es, por lo tanto, materia privativa de cada Estado, no corresponde a otros Estados tener injerencia sobre el régimen electoral y de partidos políticos de otro país.-

En tal sentido, es materia propia del derecho interno argentino decidir de qué manera nombra sus representantes del Parlamento del Mercosur (Parlasur), hasta tanto se disponga por propia voluntad comprometida en los Tratados Internacionales ya firmados, convocar a una elección de Parlamentarios, en la misma fecha que en los demás Estados Partes.-

Pero en tanto eso no ocurra sigue vigente la ley 27.120, sancionada por el Congreso de la Nación, modificatoria del Código Electoral Nacional en numerosos artículos (arts. 53, 60, 122, 124 y como nuevas incorporaciones los arts. 60 *bis*, 120 *bis*, 164 *bis* a 164 *octies*) que manda a elegir a los representantes ante el Parlamento del Mercosur por la Nación Argentina mediante sufragio directo, universal, secreto y obligatorio.-

Es menester destacar que no ha sido solamente la firma del Protocolo Constitutivo el fundamento de la ley 27.120, sino también la valoración superior que la Constitución Nacional asigna al sufragio (artículo 37) como forma de elección de los representantes de la Nación así como las normas reglamentarias dictadas en su consecuencia por el Congreso que aseguran el sistema representativo republicano.-

Por todas esas razones es que la pretensión de una mera declaración de cancilleres, no internalizada a nuestro derecho con el necesario debate legislativo, no solamente resulta inaplicable en orden a la primacía normativa que surge del artículo 31 de nuestra Ley Fundamental, sino que además desconsidera los principios democráticos de la Constitución de la Nación Argentina expresados en diferentes

normas (arts. 1, 27, 33, 36, 38, entre otros), circunstancia ésta sola que basta para concluir que el Poder Ejecutivo Nacional incumplió con el derecho vigente al convocar al actual proceso electoral, omitiendo la categoría de Parlamentarios al Mercosur por la República Argentina.-

20) Que, como ya se manifestara, la ley 27.120 modificó el Código Electoral Nacional incorporando el procedimiento para elegir los Parlamentarios del MERCOSUR y fijó transitoriamente hasta tanto se estableciera el día del MERCOSUR ciudadano, que las elecciones de los Parlamentarios se realizarían en forma conjunta con las elecciones primarias y las elecciones generales de cargos nacionales.-

Una vez sancionada y promulgada la norma electoral, es competencia del Poder Judicial velar para que las normas se cumplan y se apliquen, como sucedió en las elecciones del año 2015 y como debió ocurrir en el proceso electoral en curso, por imperio de una ley que se encuentra vigente.-

En tal sentido, corresponde recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que “[l]os jueces electorales son, por lo tanto, competentes para intervenir en todas las cuestiones relacionadas con la aplicación de la ley electoral y el eje de la controversia –la convocatoria a un comicio– se halla precisamente reglado por esa norma. En efecto, el título III del Código Electoral Nacional se refiere expresamente a los actos ‘pre-electorales’ y, dentro de éste, el capítulo Iº (arts. 53 y 54) menciona a la ‘convocatoria’ como tal, estableciendo el órgano que la debe efectuar, el plazo en que debe hacerse y los elementos que habrá de contener. En otras palabras, la ‘convocatoria’ es un acto ‘pre-electoral’ reglado por el Código Nacional Electoral” (cf. Fallos 320:875).-

21) Que, en este orden de consideraciones, deviene necesario recordar que “[l]a convocatoria a elecciones es el acto jurídico por el que [la] autoridad legítima llama a los ciudadanos para que concurran a elecciones, a ejercitar sus derechos de elegir y ser electo, dándose inicio con la misma al proceso electoral” (cf. Diccionario Electoral, IIDH, 2000, T. I, página 268). Al respecto, corresponde destacar que una de las características esenciales de la convocatoria, además de las antedichas, es –precisamente– “que se haga con apego a la legislación vigente” (cf. Ib. Idem).-

En nuestro país, el Poder Ejecutivo Nacional a través del acto formal de la convocatoria (cf. artículo 53 del Código Electoral Nacional), cita a los electores a elegir las categorías de cargos públi-

cos que previamente han sido establecidas por nuestra Constitución Nacional como, así también, por las leyes sancionadas por el Poder Legislativo.-

En efecto, no puede pasarse por alto que *“la realización de [la] [...] convocatoria no es una facultad discrecional del Poder Ejecutivo [...], pues no se encuentra dentro de sus potestades evaluar la posibilidad de que aquéllas se lleven a cabo o no. Muy por el contrario, se trata de un acto reglado (cf. Fallos 320:875 y Fallos CNE 3352/04) que le viene impuesto (cf. artículo 52, inc. 7º, ap. a, del Código Electoral Nacional)”* (cf. doctrina de Fallo CNE 3704/06).-

22) Que, en este orden de ideas, se ha explicado que la administración no tiene el poder de elegir entre varias potenciales decisiones pues su proceder está determinado de antemano por la regla de derecho (cf. Marienhoff, Miguel S., *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Tomo II, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2005, página 375 y Laubadère, André de, *“Traité élémentaire de droit administratif”*, Tomo I, Paris, 1963, página 213).-

En idéntico sentido, se expuso que, en tales supuestos, el ordenamiento jurídico reemplaza el criterio del órgano estatal al determinar qué es lo más conveniente para el interés público y reduce su actividad a la mera constatación del presupuesto fáctico definido por la ley (cf. Fallos 315:1361 y 325:3435).-

23) Que, por lo demás, corresponde destacar que el decreto de convocatoria, aun cuando sea un acto de contenido político en razón de la materia, no es un acto discrecional sino que, por el contrario y al igual que todas las normas del ordenamiento jurídico debe responder al principio de la lógica de los antecedentes (cf. Hart, H.L. *“El Concepto de Derecho”*, Oxford Clarendon Press, 1961; Kelsen, Hans: *“Teoría Pura del derecho”*, Universidad Nacional Autónoma de México), y debe de cumplir con el principio de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas (cf. arg. de Fallos 320:2509).-

En virtud de tal principio –que emana del artículo 28 de la Constitución Nacional– cada vez que la ley fundamental depara una competencia a un órgano del poder, impone que el ejercicio de la actividad consecuente tenga un contenido razonable (cf. Fallos CNE 3033/02, 3069/02 y 3352/04). *“El congreso cuando legisla, el poder eje-*

*cutivo cuando administra, los jueces cuando dictan sentencia, deben hacerlo en forma razonable: el contenido de los actos debe ser razonable. El acto irrazonable es arbitrario, es defectuoso y es inconstitucional. La razonabilidad es entonces, una regla sustancial, a la que también se ha denominado el 'principio o la garantía del debido proceso sustantivo' (conf. Bidart Campos, Germán J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, T° I, pág. 361/362, Ediar, 1993)" (cf. Fallos cit.).-*

En igual orden de consideraciones, se explicó que *"si la Constitución dispone que las normas jurídicas que se dictan en aplicación directa de aquélla deben ser razonables, dispone también que las que se dicten en aplicación de leyes razonables deben ser razonables"* (cf. Linares, Juan Francisco "Poder Discrecional Administrativo", pág. 165, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1958). El principio de legalidad de la administración *"impone a los órganos administrativos un obrar de acuerdo o según la ley, pero un actuar razonable"* (cf. ob. cit., p. 115).-

La esfera de discrecionalidad susceptible de perdurar en los entes administrativos no implica en absoluto que éstos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico, o que aquélla no resulte fiscalizable (cf. Fallos 315:1361).-

24) Que, en tales condiciones, solo puede concluirse que el decreto de convocatoria que el Poder Ejecutivo se encuentra facultado a emitir debe necesariamente contener todas las categorías a cargos públicos a elegir previamente fijadas por la ley electoral, que no son otras que las que el Código Electoral Nacional le estipula, esto es: Presidente y Vicepresidente de la Nación, Senadores Nacionales, Diputados Nacionales y Parlamentarios del Mercosur por distrito nacional y por distrito regionales (cf. artículo 53).-

25) Que por todo lo hasta aquí señalado, corresponde que el Poder Ejecutivo Nacional convoque a elecciones de Parlamentarios del Mercosur. Asimismo, y en virtud de la gravedad e importancia del tema en cuestión, deberá comunicarse la presente sentencia al Poder Legislativo Nacional para que, a los fines que pudieran corresponder, adopte las medidas que considere resulten pertinentes.-

En mérito de lo expuesto, oído el señor fiscal actuante en la instancia, la Cámara Nacional Electoral RESUELVE: 1°) Revocar parcialmente la sentencia apelada con el alcance establecido en el conside-

rando 25) y 2º) Comunicar la presente al Poder Legislativo Nacional en los términos del considerando citado.-

Regístrese, notifíquese, comuníquese y, oportunamente, vuelvan los autos al juzgado de origen.-

Firman dos jueces del Tribunal por encontrarse vacante el restante cargo de Juez de Cámara (cf. art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).-<sup>4</sup>

4. Fecha de firma: 22/10/2019. Firmado por: SANTIAGO H. CORCUERA Firmado por: ALBERTO RICARDO DALLA VIA, Firmado (ante mi) por: HERNÁN GONÇALVES FIGUEIREDO, Secretario de Actuación Judicial.



# REVISTA FORUM

## NORMAS DE PUBLICACIÓN

*FORUM* –Anuario del Centro de Derecho Constitucional– adopta las siguientes *normas de publicación*, en consonancia con su objetivo de ser expresión de los trabajos y estudios académicos de quienes participan como miembros o invitados del Centro de Profesores de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho, así como de otras universidades, respetando los principios de justicia y orden natural que iluminan el ideario y el proyecto integrador de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

### I. Cobertura temática

La Revista *FORUM* (en adelante, la Revista) publica textos relacionados con la investigación en el área del Derecho Constitucional y sus disciplinas afines, conforme a su misión, que se inserten en las siguientes categorías temáticas:

- 1.1. Derecho Constitucional;
- 1.2. Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas);
- 1.3. Derecho Internacional Público;
- 1.4. Derecho Administrativo;
- 1.5. Historia del Derecho;
- 1.6. Derecho Canónico y Eclesiástico;
- 1.7. Derecho Comparado.

### II. Código de conducta y buenas prácticas editoriales

*FORUM* adhiere al Código de conducta y mejores prácticas del *Committee on Publication Ethics* (COPE), denominado *Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors y Code of Conduct for Journals Publishers*.

*FORUM* asegurará la calidad científica de las publicaciones y la adecuada respuesta a las necesidades de los/as lectores/as y los/as autores/as. Los trabajos que se presenten a la Revista deben cumplir con estas normas éticas.

### III. Secciones de la Revista

La Revista publica trabajos de distintas categorías, agrupados según distintas secciones, de acuerdo con el siguiente detalle:

#### *Artículos de investigación*

Se publican dentro de esta sección trabajos que cumplan con las siguientes características.

- a. Estructura de la investigación
  - El tema tratado debe realizar aportes científicos y ofrecer conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento, en línea con el espíritu del Centro de Derecho Constitucional, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.
  - Deber existir coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones.
  - El trabajo debe contar con bibliografía actualizada y pertinente con la temática.
- b. Requisitos

Los trabajos presentados deben ser escritos en español (la Redacción se reserva la posibilidad de admitir trabajos escritos en otras lenguas con carácter excepcional) y tener como mínimo la siguiente estructura, que se aplicará también a los comentarios, las notas, reseñas, crónicas y ensayos, en cuanto corresponda. Preferentemente se aceptarán trabajos en castellano. No obstante, también pueden recibirse en italiano, francés, inglés o portugués.
- c. Extensión

No podrán tener una extensión menor a las 5.000 ni mayor a las 25.000 palabras. La Redacción se reserva el derecho a publicar artículos en fascículos diferentes.
- d. Otros

El trabajo debe enviarse con el título en el idioma original e inglés, un resumen o *abstract* de entre 150 y 300 palabras y palabras claves en un

número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. El trabajo deberá incluir la bibliografía utilizada, siguiendo las indicaciones de las presentes *normas de publicación*.

e. Evaluación

Los trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores, siguiendo las reglas definidas en el acápite V.

f. Originalidad

Los trabajos propuestos para esta Sección deberán ser originales. Al momento de su presentación, el autor debe acompañar una carta por vía digital que autorice la publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en *FORUM*. Para tal caso, los autores deben enviar por vía digital aviso sobre la difusión de su artículo.

### *Notas y comentarios*

- a. Estructura: Esta sección incluirá trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. La extensión máxima será de 15.000 palabras.
- b. Originalidad: Los trabajos propuestos para esta sección deben ser originales. Al momento de su presentación, el autor debe acompañar por vía digital una carta que autorice la publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en la Revista.
- c. En el caso de comentarios de jurisprudencia, la sentencia, con indicación del tribunal interviniente, nombre de los firmantes y fecha de emisión, debe ser entregada junto con el trabajo enviado, como anexo. Si la sentencia fue extraída de una página web debe indicarse dirección de acceso.
- d. Otros: El trabajo debe enviarse con el título en idioma original e inglés, un resumen o *abstract* de entre 150 y 250 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. El trabajo debe incluir la bibliografía utilizada, siguiendo las indicaciones de las presentes *normas de publicación*.
- e. Las notas y comentarios serán sometidos al arbitraje de evaluadores, siguiendo las reglas definidas en el acápite V.

### *Recensiones, crónicas y ensayos*

La sección incluye reseñas/recensiones de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 4.000 palabras. Las recensiones no contarán con palabras clave. La Revista podrá publicar crónicas y ensayos que no superen esa extensión de palabras.

### *Documentos*

La Dirección podrá seleccionar documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista, tales como textos del Magisterio de la Iglesia, declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas y Científicas, etc.

### *Otras secciones*

Según las necesidades del número publicado, podrán incluirse necrológicas, recuerdos de profesores o académicos, noticias, traducción o publicación de textos ya publicados en otras lenguas, publicación de conferencias y/o comunicaciones en congresos o seminarios, etc.

## **IV. Los autores**

1. Deben enviar sus datos personales y los de la institución a la que pertenecen, si la hubiere. Los autores deben informar al menos el máximo grado académico que poseen, junto con la universidad que lo otorgó y el año, los cargos o compromisos laborales o profesionales, dedicatorias o los proyectos científicos patrocinados en los que el trabajo se enmarca podrán incluirse como segundo párrafo de la nota al pie inicial, antes de las notas de numeración correlativa. Los autores deberán indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista. Podrán incluir los agradecimientos que estimen pertinentes.
2. Los autores que se encuentren en conflicto de interés con el trabajo presentado deben efectuar la aclaración pertinente en la nota al pie inicial, junto con sus datos personales. También deberán aclarar si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una

beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.

3. Los autores conservan los derechos de autor y garantizan a la revista el derecho de ser la primera publicación del trabajo. Se autorizará a los autores que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia al número de *FORUM* en el cual haya aparecido.
4. Los autores cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, habilitando la reproducción de su trabajo en el Repositorio Digital o Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.
5. Los trabajos que contiene esta Revista representan la opinión de sus autores y no constituyen necesariamente la opinión oficial de la Pontificia Universidad Católica Argentina ni de ninguno de sus órganos.
6. Por lo menos el 50 % de los trabajos publicados en cada número de la Revista pertenecerán a autores externos a la Pontificia Universidad Católica Argentina. Sin perjuicio de ello, la Revista publicará al menos dos trabajos pertenecientes a autores de la Universidad por número.

## V. Lista de comprobación para la preparación de envíos

Como parte del proceso de envío, los autores están obligados a comprobar que su envío cumpla todos los elementos que se muestran a continuación. Se devolverán a los autores aquellos envíos que incurran en las siguientes causales de rechazo:

- a. Que el manuscrito haya sido publicado o se haya enviado previamente a otra revista o publicación colectiva.
- b. Si el archivo enviado no está en formato Microsoft Word.
- c. Si el texto no cumple con los requisitos bibliográficos y de estilo indicados en las *normas de publicación*.
- d. Si el autor no ha aceptado y suscripto la declaración de originalidad que será remitida mediante correo electrónico.

## VI. Evaluación inicial y arbitraje

1. Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido del Director de la Revista, para

discernir la originalidad, relevancia e interés científico. En el caso de los artículos de investigación, la evaluación inicial se orienta a decidir el pase del trabajo a arbitraje. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada.

2. Además, la Secretaría de Redacción hace una corrección preliminar de estilos. Los autores pueden recibir sugerencias o una versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas, antes de iniciar el proceso de arbitraje en el caso de los artículos de investigación, o bien de su publicación en el resto de las contribuciones.
3. Solo se iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las presentes *normas de publicación*. La adaptación de los originales a las *normas de publicación* de la Revista es responsabilidad de los autores. La Revista no cobra aranceles por el proceso de evaluación de trabajos para publicación.
4. Los textos enviados a la Revista para las secciones de “Artículos de investigación” y “Notas y comentarios” serán evaluados por un árbitro externo a la Revista, designado por la Secretaría de Redacción. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego simple” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros.
5. Los árbitros solicitados deberán evaluar los trabajos según el formulario correspondiente y deberán guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
6. El plazo para la realización del arbitraje será como máximo de 30 días desde la recepción del texto. Como agradecimiento por su colaboración se entregará al árbitro un certificado que acredite su labor.
7. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado – Aprobado con cambios (opcional u obligatorio) – Aprobado, pero el árbitro verificará las correcciones – Rechazado. El dictamen será comunicado al autor
8. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Director de la Revista y el Consejo Editorial (en adelante, la Dirección de la Revista). Se podrá recurrir a un segundo arbitraje si fuera necesario.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación por el árbitro académico.
10. Los árbitros o evaluadores externos recibirán los artículos sin la identificación de su autor, para asegurar la objetividad respecto de los autores.

## VII. Normas para árbitros

- a) Los artículos, notas y comentarios presentados serán sometidos a arbitraje por parte de evaluadores externos. No serán sometidos a arbitraje las rese-

ñas, crónicas y/o ensayos cuya publicación se reservará a criterio de la Dirección de la Revista.

- b) El *referato* de la Revista está compuesto por árbitros que han alcanzado la máxima titulación académica (grado de doctor) y/o se desempeñan como profesores titulares (catedráticos) y/o investigadores de carrera. Se trata de investigadores de universidades ajenas a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, cuyas áreas de trabajo son la Teoría y el Derecho Constitucional, los Derechos Humanos, el Derecho Político, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal Constitucional, la Historia Constitucional, la Historia de las Ideas Políticas y otras disciplinas afines. La selección del árbitro dependerá de la temática del artículo.
- c) El árbitro que se encuentre en conflicto de interés con el trabajo que se le ha encargado evaluar debe inmediatamente excusarse de participar en el proceso del trabajo que se trate.

## VIII. Anexo: Formato básico para textos y citas bibliográficas

### 1. Formato para textos

Textos Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra *Times New Roman*, negrita de 14 puntos para el título; negrita y cursiva de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel; cursiva de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel; 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página.

### 2. Citas bibliográficas

Las referencias bibliográficas siempre deben ir a pie de página y no en el cuerpo del texto. Deben adoptar el siguiente formato:

- a. Referencias de libros: apellidos y nombres del autor, título de la obra (en letra cursiva o bastardilla), lugar de publicación, editorial, año de edición, página o páginas citadas (todo separado por comas).  
Ejemplo: Lamas, Félix Adolfo, *Ensayo sobre el orden social*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino", 1985, p. 250.  
Si se trata de una traducción y se requiere mencionar el autor, se anota después de la editorial. Por ejemplo: Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cuarta edición, novena reimpresión, Buenos Aires, EUDEBA, trad. Moisés Nilve, 2009, p. 174.

- b. Referencias de capítulos de libro o artículos que forman parte de una obra colectiva: apellidos y nombres del autor, “título del escrito” (en letra normal y entre comillas), apellidos y nombres del compilador o editor, indicándolo, o emplear AA.VV. cuando se trate de varios autores sin un editor compilador declarado, título de la obra, lugar de publicación, editorial, año de edición, páginas citadas, todo separado por comas.  
Ej. Bandieri, Luis María, “En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XXI”, en Palazzo, Eugenio Luis (Dir.), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, pp. 34-51.
- c. Referencias de artículos de revista: apellidos y nombres del autor, “título del artículo”, nombre de la revista (en cursivas), lugar de publicación, número, año, páginas citadas, todo separado por comas.  
Ej. Castaño, Sergio Raúl, “La idea de una autoridad política mundial. Consideraciones críticas a la luz de las exigencias de la realidad política”, *Foro*, Nueva época, Madrid, vol. 18, núm. 1, 2015, pp. 27-60.
- d. Referencias de artículos de periódicos: nombre y apellidos del autor, “Título del artículo”, nombre del periódico (en cursivas), lugar de publicación, fecha (día, mes y año), páginas citadas, todo separado por comas.  
Ej. Ventura, Adrián, “La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso”. *La Nación*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 2013, p. 7. Ídem.
- e. Referencias de Internet: apellidos y nombres del autor, “título del artículo”, lugar, fuente editorial, fecha de la publicación (si está disponible), dirección de la página web, fecha de consulta, todo separado por comas.  
Ej. Santiago, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Buenos Aires, Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, rescatado de: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (consultado el 3-12-2012).
- f. Jurisprudencia citada: las referencias a las sentencias citadas deben contener las partes en cursiva, el año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, el tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación. Debe especificarse el tomo y página de la publicación oficial; el link respectivo (con más fecha de último acceso) si hubiera publicación online disponible. Si no estuviera publicada oficialmente se incluirá la referencia a una publicación no oficial.  
Ej. *Cruz, Felipa y otros c/ Minera Lumbrera Ltd. y otro s/ sumarísimo* (2016): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de febrero de 2016, *Fallos*: 339:142.  
En el caso de citarse jurisprudencia extranjera, se deberá emplear el sistema propio de referencia que utilizan las cortes y tribunales de origen de la sentencia para su identificación.

- g. Las citas intertextuales en el cuerpo del texto deben ir “entre comillas”. Si las citas son en idioma distinto del español, deben hacerse “entre comillas y en itálica”. Las citas de caja menor deben ir sin comillas y en fuente *Times New Roman* 12, con un margen izquierdo tabulado de 1,25 cm. 8. Para los términos del texto que estén en un idioma diferente al original del artículo se debe utilizar letra itálica. Para citas textuales dentro de un texto ya entrecomillado (“ ”) se utilizan las comillas angulares de apertura y de cierre (« »). Si en el interior de la cita, se omite alguna frase, debe indicarse con paréntesis y tres puntos (...).

### 3. *Presentación de la bibliografía*

Al concluir el trabajo, debe presentarse la totalidad de la bibliografía utilizada, expuesta en orden alfabético, según el apellido del autor (o del primer autor, si la respectiva obra tiene más de uno), guardando la misma estructura y forma señalada en los anteriores puntos. Para los casos de referencia de capítulos de libro o artículos que forman parte de una obra colectiva y artículos de revista, se deben citar de forma completa las páginas de inicio y final del respectivo trabajo.

La Dirección se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.

